W Burrack

Göttingen 1969

"Wann sind Kunstwerke unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen im Sinne von § 184 StGB?"

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Wolfgang B u r r a c k

aus Uelzen

Göttingen 1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr.Schaffstein

Mitberichterstatter: Professor Dr. Roxin

Tag der mündlichen Prüfung: 12.Juni 1967

G l i e d e r u n g

		Seite
§ 1	Einleitung	1
§ 2	Allgemeine Bemerkungen zu § 184 StGB; Einkreisung des Problems	6
	A. Der in Frage kommende Tatbestand: Ziffer 1	6
	I. Gegenstand der dort aufgezählten Tathandlungen	6
	1. Schriften	6
	2. Abbildungen	7
	3. Darstellungen	7
	4. Bedeutung dieser Tatbestandsmerkmale für die Kunst	9
	II. Auslegung des Begriffs "unzüchtig" als entscheidendes Problem der Arbeit	9
	B. Die Bedeutung des § 183 StGB für das Thema	10
§ 3	Geschichtliche Entwicklung der Maßnahmen gegen unzüchtige Werke	11
	A. Maßnahmen der Kirche	11
	B. Maßnahmen der Staatsgewalt	15
	I. Zensurbestimmungen	15
	II. Entwicklung der Strafbestimmungen bis 1871	16
	III. Die sogenannte "Lex Heinze"	18
	IV. Reformvorschläge von 1900 bis zum Entwurf 1962	21
§ 4	Begriffsbestimmungen des Unzüchtigen in § 184 StGB und Unterordnung einzelner Lebenssachverhalte	24
	A. Klarstellung des Begriffs "unzüchtig"	25
	I. Beispiele von Erklärungsversuchen	25
	1. Definition des J.D.Schreber (Diss. von 1688)	25
	2. Bestimmung durch synonyme Begriffe	25
	II. Ausgangspunkt: Umschreibung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" durch heutige Lehre und Rechtsprechung: "Unzüchtig ist eine Schrift usw., wenn sie geeignet ist, das Scham-und Sittlichkeitsgefühl des normalempfindenden Menschen in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen	26

Seite

1. Erklärung aus dem Gesamtzusammenhang der Sittlichkeitsdelikte 26
2. Das Rechtsgut 27
   a) Das Schamgefühl 27
   b) Das Sittlichkeitsgefühl 27
   c) Die Sittlichkeit 28
3. Abhängigkeit des Schamgefühls von der Sexualmoral 30
   a) Die Sexualmoral 30
   b) Ihre Veränderungen 31
   c) Rechtliche Bedeutung der Veränderungen 32
      aa) Verweisung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" auf außerrechtliche Maßstäbe 33
      bb) Sexualmoral,Ethik,absolute Wertordnung 34
         aaa) Die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln 35
         bbb) Die Kuppelei-Entscheidung des BGH 35
         ccc) Der Begriff des "Normalen" in der Rechtsprechung des BGH zu § 184 StGB 35
      cc) Ergebnis: Verweisung auf herrschende Moral 37
      dd) Folge: Berücksichtigung von Wandlungen der Anschauungen für die Ausfüllung des Begriffs "unzüchtig" 38

III. Der Personenkreis, dessen Empfinden über die Schamverletzung entscheidet 39
   1. Faktoren, die die Gefühlsreaktionen beeinflussen 40
   2. Der "Normalmensch" 40
   3. Der "unbefangene Dritte" 42
   4. Das"Durchschnittsempfinden der Gesamtheit" 43

IV. Weitere Präzisierung der als Ausgangspunkt benutzten umschreibenden Formel 43
   1. Schamverletzung oder Erregung geschlechtlicher Lüsternheit 43

Seite

2. Die "Gröblichkeit" der Schamverletzung 45

a) Rechtsprechung und Schrifttum 45

b) Erheblichkeit der Verletzung im Rahmen aller Sittlichkeitsdelikte 46

c) "Soziale Adäquanz" oder restriktive Inhaltsbestimmung des Begriffs "unzüchtig" als Begründung der "Gröblichkeit" 46

B. Unterordnung der in Frage kommenden Sachverhalte unter das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" 47

C. Zusammenfassung 49

§ 5 Das Unzüchtige und die Kunst 51

A. Die Bedeutung des allgemein ermittelten Inhaltes des Begriffs "unzüchtig" für die Kunst 51

I. Kurzer Überblick über die Geschichte der erotischen Kunst 51

II. Verfolgungen erotischer Kunstwerke auf Grund der Vorschriften gegen unzüchtige Darstellungen 53

B. Der Begriff der "Kunst".-Die Bedeutung "an sich" unzüchtiger Inhalte für den Kunstwert 56

I. Kunst als Gestaltung eines seelisch-geistigen Gehalts durch eine eigenwertige Form 57

1. "Kunstwollen" und seine Objektivierung 58

2. Das Kriterium der Form 59

3. Das Kriterium des Inhaltes 60

a) Inhalt und Gegenstand 60

b) Der Inhalt und seine Bewertung 61

II. Zusammenfassung 64

§ 6 Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz 65

A. Der Begriff "Kunst" in Art. 5 III GG 65

I. "Kunst" als wertdifferenzierungsfreier Begriff 65

II. "Kunst" als Garantie des Schaffens und der Veröffentlichung 66

B. Die "Freiheit" der Kunst 67

Seite

I. Der Inhalt der Freiheit 68

II. Die Schranken der Kunstfreiheit 68

1. Durch den Begriff der "Kunst" gezogene Schranken 69

2. Die "Treueklausel" in Art. 5 III 2 GG 69

3. Die "allgemeinen Gesetze" aus Art. 5 II GG - Kunst als Meinungsäußerung 69

4. Die Schrankentrias aus Art. 2 I 2.Halbsatz GG 71

a) Die Rechtsprechung in Strafsachen 72

b) Art. 2 I GG als "Mutterfreiheitsrecht" 73

c) Einzelfreiheitsrechte als Spezialregelung gegenüber Art. 2 I GG 73

d) Eigene Ansicht 74

aa) Art.2 I GG als Verfassungsvorbehalt zur Auffindung immanenter Grundrechtsschranken 74

bb) Bedeutung für die Strafgesetze 75

cc) Bedeutung speziell für § 184 StGB 77

§ 7 Berücksichtigung des Kunstwertes in Rechtsprechung und Lehre 79

A. Absolute Freiheit für die Kunst 79

I. Kunst und Unzüchtigkeit als sich gegenseitig ausschließende Begriffe 80

II. Widerlegung dieser These 81

B. Die in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrschenden Lösungsversuche 83

I. Differenzierung nach "Werken der Kunst" und "Kunstwerken in des Wortes höchster Bedeutung"durch das Reichsgericht 83

II. Die neuere Rechtsprechung 84

III. Das Schrifttum 85

IV. Kritik 86

1. Die unter I genannte Differenzierung 86

Seite

2. Die "sublimierende" und "kompensierende" Kraft der Kunst 87

3. Die Kriterien "veredeln" und "verklären" 89

4. Der christliche Glaube als Faktor der Bewertung 90

V. Zusammenfassung 91

C. Die Forderung nach Berücksichtigung von Absichten und Tendenzen des Künstlers zur Abgrenzung gegenüber der Pornographie 91

I. Rechtsprechung und Schrifttum 92

II. Ein Fall der "subjektiven Unrechtselemente"? 94

III. Kritik 94

IV. Der Umfang des (objektiven)Inhalts des Werkes 97

D. Schlußbetrachtung der in diesem Kapitel erörterten Lösungsversuche 97

§ 8 "Normalmensch" oder "Kunstinteressent" als Maßstab der Verletzung des Schamgefühls 99

A. Rechtsprechung des Reichsgerichts: Normalmensch 99

B. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes: Fortentwicklung zum "Kunstinteressenten" 100

C. Kritische Überlegungen zur Rechtsprechung des BGH 101

I. Die sich aus der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie im Hinblick auf den Beurteilungsmaßstab ergebenden Forderungen 101

II. Die tatsächlich angelegten Maßstäbe der neuen Rechtsprechung führen zum "Kunstkenner" 103

III. Möglichkeiten der Berücksichtigung des Wesens der Kunst durch den Beurteilungsmaßstab "Kunstkenner" 105

D. Kritik des Schrifttums an der neuen Rechtsprechung 107

I. Die Ansicht Schröders,Entgegnung 107

II. Die Ansicht Nolls.Kritik 108

E. Zusammenfassung 111

§ 9 Die Teile und das Ganze 113

Seite

A. Gegenstand der Beurteilung ist das Werk als ganzes 113

B. Zusammenstellungen 114

C. Aufhebung des Zusammenhangs 115

D. Verhältnis Text-Illustration und Bilderklärender Text 116

E. Behandlung von Reproduktionen der bildenden Kunst 116

§ 10 Die sogenannte "relative Unzüchtigkeit" 117

A. Der Begriff bei Binding 117

B. Veränderungen in Rechtsprechung und Schrifttum 118

C. Kritik 120

I. Notwendigkeit des Begriffs bei Bearbeitungen 120

II. Bedeutung der Absichten des Verbreiters 120

III. Einfluß der Verbreitung in Kreisen, die allein am sexuellen Inhalt des Werkes interessiert sind 121

IV. Der Maßstab des "Normalmenschen" als entgegenstehendes Moment 122

D. Die veränderte Ausgangslage bei Heranziehung des "Kunstkenners" 123

I. Die neuere Rechtsprechung 124

II. Verfassungsrechtliche Begründung durch Ropertz 124

III. Bedeutung dieser Ansichten,-Versuch der Widerlegung 125

1. Der Grundgedanke der Heranziehung des "Kunstkenners" 126

2. Die Gefahr der Rechtsunsicherheit 127

3. "Relative Unzüchtigkeit" als unzeitgemäße Lehre 128

IV. Zusammenfassung 128

§ 11 Der Irrtum über die Unzüchtigkeit des Werkes 129

A. Der subjektive Tatbestand des § 184 StGB 129

B. Der Irrtum über die Unzüchtigkeit 130

I. Ausgangspunkt der Irrtumsentscheidung: Schuldtheorie 130

Seite

II. Die Lösung der h.M. auf dieser Basis 131

III. Die Lösung nach der differenzierenden Methode 132

1. Ausgangspunkt: der Irrtumstatbestand 132

2. Beschreibende und gesamttatbewertende Elemente in den normativen Tatbestandsmerkmalen 133

3. Die ethisch-normativen Merkmale 134

4. Folgerungen für den Irrtum über die Unzüchtigkeit 135

§ 12 Zusammenfassung und abschließende Überlegungen 136

A. Die Prüfungstätigkeit des Richters gemäß der entwickelten Grundsätze 136

B. Abschließende Überlegungen 137

Literaturverzeichnis

Adorno:	Sexualtabus und Recht heute, in: Sexualität und Verbrechen (Fischer Bd. 518/519) S. 299
Akzente:	Zeitschrift für Dichtung, Heft 3/1965
Arndt:	Die Kunst im Recht (Umwelt und Recht) NJW 1966, 26
Bauer:	Grundgesetz und "Schmutz-und Schundgesetz", JZ 65, 41
Bauer:	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.3. 1965, JZ 65, 491
Beling:	Kunstfreiheit und Rechtsbann, in Festschrift für Heinrich Wölfflin, S. 19
Binding:	Unzüchtige Handlungen und unzüchtige Schriften, Gutachten der Leipziger Juristenfakultät, ZStW 2, 450
Buchholz:	Wann ist Kunst unzüchtig? in: Sexualität und Verbrechen, S. 326
Buchholz:	Auszüge aus dem Plädoyer im Genet-Prozeß, Akzente Heft 3, 1965, S. 244
Busch:	Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für Mezger, S. 165
Craig:	The banned books of England and other countries, London 1962
Dannenbaum:	Unzüchtige Abbildungen, Darstellungen und Schriften in der gesamten Rechtsprechung des RG, ZStW 34, 811
Dünnwald:	Kunst und Unzüchtigkeit, JR 65, 46
Emrich:	Kann Dichtung verboten werden? in Universitätstage 1964, Veröffentlichung der Freien Universität Berlin, S. 159

Engisch: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Festschrift für Mezger, S. 127

Erbel: Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin, Heidelberg, New York 1966

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931

Frank: Zur Lex Heinze, DJZ Bd. 5, 237

Fuchs: Geschichte der erotischen Kunst,
1.Bd.: Das zeitgeschichtliche Problem, Berlin 1908
2.Bd.: Das individuelle Problem, München 1924

Giese,Hans: Das obszöne Buch, Stuttgart 1965

Giese,Friedrich: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,Kommentar, 3.Aufl. 1953,Frankfurt

Hatzipetros: Begriff der unzüchtigen Schrift und ihrer Verbreitung, Diss.iur.Göttingen 1896

Hausenstein: Die Kunst in diesem Augenblick, München 1960

Hausenstein: Meister und Werke, München 1930

Hegel: Ästhetik,2 Bände; Europäische Verlagsanstalt,Frankfurt/M.,2.Auflage 1966

Henkel: Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin 1964

Hörmann: Jurist und Kunst, DRiZ 1913, 94

Houben: Verbotene Literatur - Von der klassischen Zeit bis zur Gegenwart,
Bd. 1 Berlin 1924
Bd. 2 Bremen 1928

Index librorum prohibitorum Pii XII, Vatican 1948

Jäger: Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten,Beiträge zur Sexualforschung, 12, Heft

Jäger: Strafrechtspolitik und Wissenschaft, in: Sexualität und Verbrechen,S. 273

Klug: Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts, in Sexualität und Verbrechen,S. 27

Kohler:	Das Sinnliche und das Unsittliche in der Kunst, ZStW 7, 47
Kohler:	Über den Begriff der Unzucht mit öffentlichem Ärgerniß, GA 45, 175
Kohlrausch-Lange:	Strafgesetzbuch, Kommentar, 43. Aufl. Berlin 1961
Kraus:	Sittlichkeit und Kriminalität, München 1963
Kronhausen:	Pornographie und Gesetz, Stuttgart 1963
Lange:	Das Nackte in der Kunst, Berlin 1908
Lazarus:	Das Unzüchtige und die Kunst, Berlin 1909
Leipziger Kommentar:	1. Bd. 8.Aufl. Berlin 1957 2. Bd. 8.Aufl. Berlin 1958
Leiß:	Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, NJW 1962, 2323
Levin:	Zum Problem des unzüchtigen Werkes, Diss. iur. Heidelberg 1911
littera-Dokumente;	Berichte, Kommentare: Bd. 3: Jugendgefährdend. Bd. 4: Kunst vor dem Richter
Liszt-Schmidt:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26.Aufl. Berlin und Leipzig 1932
v.Mangoldt:	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1953
v.Mangoldt-Klein:	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I 2.Aufl. Berlin u.Frankfurt 1957
Marcuse:	Obszön - Geschichte einer Entrüstung
Mau:	Das Anstößige in der Kunst aus tiefenpsychologischer Sicht, littera Bd. 4 S. 27
Maunz:	Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl. München und Berlin 1965
Maunz-Dürig:	Grundgesetz, Kommentar, Stand vom 1.III. 1964
Maurach:	Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Allgemeiner Teil: 4.Aufl. Karlsruhe 1965 Besonderer Teil: 4.Aufl. Karlsruhe 1964
May:	Zum Begriff der Unzüchtigkeit in § 184, NJW 1958, 1621

Meili: Sind die Memoiren Casanovas unzüchtige Schriften?
GA 46, 185

Mezger: Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre,
NJW 1953, 2

Mezger-Blei: Studienbuch.
I. Allgemeiner Teil, 10.Aufl.
München und Berlin 1963
II. Besonderer Teil, 8.Aufl.
München und Berlin 1964

Miller: Von der Unmoral der Moral,
Zürich 1958

Misch: Der strafrechtliche Schutz der Gefühle,
in Strafrechtliche Abhandlungen 1911,
Heft 133

v. Nagorski: Die Strafbestimmungen gegen die unzüchtigen Schriften in geschichtlicher Darstellung,
Diss. iur.Heidelberg 1910

Noll: Tatbestand und Rechtswidrigkeit,
ZStW 77, 1 ff

Nolte: Mord und Sexus: Genet, Baldwin, Mailer - Welche Freiheit hat die Literatur?
in: Die Welt, Beilage "Die Welt der Literatur" vom 19.8.1965, S. 408

Oetker: Der strafrechtliche Schutz des Schamgefühles,
in Das Recht 1913, 11

Olshausen: Kommentar zum StGB,11.Auflage

Ott: Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst,
NJW 1963, 617

Ott: Anmerkung zum Urteil des Bay ObLG vom 22.1.64
NJW 1964, 1149

Panzer: Der Katholik und die Strafrechtsreform
Volkswartbund, Köln 1964

Peters: Der Begriff des Unzüchtigen in § 184 StGB, JR 50, 97

Potrykus: Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kommentar,
2.Aufl. München und Berlin 1963

Reusch: Der Index der verbotenen Bücher:
1. Bd. Bonn 1883
2. Bd. 1. Teil Bonn 1885
2. Bd. 2. Teil Bonn 1885

Ridder:	Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, in: Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e.V., Band 29, Berlin und Frankfurt 1963
Rittler:	Die Freiheit der bildenden Kunst und ihre Begrenzung durch das Strafgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Nr. 47, 73
Ropertz:	Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, Diss. iur. Heidelberg 1963
Roth:	Die strafrechtliche Behandlung der unsittlichen Literatur, Diss. iur. Zürich 1928
Roxin:	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959
Roxin:	Täterschaft und Tatherrschaft, Hamburg 1963
Sauer:	Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. Berlin 1955
Sax:	Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 54, 474
Sedlmayer:	Die Revolution der modernen Kunst, Rowohlts Deutsche Enzyklopädie Bd. 1
Schaffstein:	Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW, 72, 369
Schaffstein:	Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle, S. 175
Schauer:	Zum Begriff der unzüchtigen Schrift, Leipzig 1893
Schilling:	Literarischer Jugendschutz - Theorie und Praxis, Strategie und Taktik einer wirksamen Gefahrenabwehr, Berlin 1959
Schlecht:	Lex Heinze, GS Bd. 60, 1
Schlechtriem:	Die strafrechtliche Bedeutung unzüchtiger Schriften und Abbildungen, Diss. iur. Heidelberg 1907

Schönke-Schröder:	Strafgesetzbuch,Kommentar: 11.Aufl. 1964 München und Berlin 12.Aufl. 1965 "
Schwander:	Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2..Aufl. Zürich 1964
Schwarz-Dreher:	Kurz-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 1964, München und Berlin
Schweizer:	Kunst und Strafrecht, Schweizerische Juristenzeitung, Bd. 9, 250
Schwinge:	Die Bekämpfung des Obszönen im anglo-amerikanischen Recht, in: Festschrift für H.v.Weber,Bonn 1963
Sleumer:	Index Romanus, 11. Aufl. 1956
Speidel:	Die unzüchtige Theateraufführung, Diss.iur.Freiburg 1930
Stein:	Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster vom 18.11.1958, JZ 59, 720
Stein:	Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 1964, 1745
Thode:	Kunst und Sittlichkeit, Heidelberg 1906
Thomsen:	Das unzüchtige Bild, GS 80, 241
Weischedel:	Recht und Ethik, Karlsruhe 1956
Welzel:	Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch, 9. Aufl. Berlin 1965
Welzel:	Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 491
Welzel:	Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67, 196 (Anhang S. 224: Die speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale)
Wölfflin:	Das Erklären von Kunstwerken, Leipzig 1940
Zirn:	Schutz gegen unzüchtige und jugendgefährdende Veröffentlichungen, Materialien zur Strafrechtsreform, 2.Bd.II,rechtsvergleichende Arbeiten, Besonderer Teil S. 185, Bonn 1955

Abkürzungsverzeichnis

BayObLG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung), angeführt nach Band, Teil und Seite
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer zitiert nach Bänden, seit 1953 nach Jahrgängen
GG	Grundgesetz vom 23. Mai 1949
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GS	Der Gerichtssaal
JMBlNRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mezger,StuB I,II	Mezger Studienbuch, I. Allgemeiner Teil II. Besonderer Teil
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
StGB	Strafgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1

Einleitung

Wie in allen Kulturstaaten, so sind auch in Deutschland jene Strafgesetze, deren ursprünglich einziger Zweck die Bekämpfung der Pornographie war, praktisch zur Grenze des künstlerischen Schaffens geworden. Zwar können Kunstwerke ebenso mit anderen Vorschriften unseres Strafgesetzbuches kollidieren: in ihnen kann eine Beleidigung oder auch eine Gotteslästerung enthalten sein. Doch soll hier aus dem Kreis aller denkbaren Gesichtspunkte, unter denen künstlerische Äußerungen Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung sein können, allein der Fall herausgegriffen und behandelt werden, in dem sich die Frage stellt, unter welchen Umständen Kunstwerke das in § 184 StGB enthaltene Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" erfüllen können.

Auf den ersten Blick scheint zwischen dieser Vorschrift und der Kunst kein Zusammenhang zu bestehen, denn - so meint man - sie betreffe doch wohl allein pornographische Schriften und Abbildungen, die aber keine Werke der Kunst sein können. Tatsache ist jedoch, daß sich Staatsanwaltschaft und Gerichte von Zeit zu Zeit mit Werken beschäftigen müssen, die erotische Themen zum Inhalt haben, denen aber der Kunstwert schlecht bestritten werden kann. Es sei hier an den Spielfilm "Das Schweigen" erinnert, der gewisse sexuelle Probleme in offener Weise behandelt und allein in der Bundesrepublik von mehreren Millionen Besuchern gesehen wurde; weiter an Werke der Literatur, die mehr oder weniger ausführliche Darstellungen von Vorgängen und Erscheinungen aus der Sexualsphäre enthalten: "Lolita" von Nabokov, "Lady Chatterley's Lover" von Lawrence, "Ulysses" von Joyce, "Notre Dame des Fleurs" von Genet, "Wendekreis des Krebses" von Miller.

Alle diese Werke finden einerseits wohlwollende Aufnahme - wie auch in jüngster Zeit der Erfolg des Romanes

"Die Clique" beweist -, lösen aber andererseits wegen ihrer angeblich sittenzersetzenden Wirkung eine Welle der Empörung aus, die sich in Leserzuschriften an Tageszeitungen, Aufrufen, öffentlichen Diskussionen und Unterschriftensammlungen niederschlägt. Es bleibt nicht aus, daß strafrechtliche Sanktionen angestrebt und, gestützt auf § 184 StGB, Anzeigen gegen die Verantwortlichen erstattet werden. Allein die Staatsanwaltschaft in Duisburg registrierte 108 Anzeigen empörter Bürger gegen den Film "Das Schweigen" [1]. So oft aber die Anklagebehörden gezwungen sind, sich einzuschalten - die Erfahrung lehrt, daß sie trotz Legalitätsprinzips gegen Kunstwerke häufig erst auf Anstoß von außen tätig werden -, so selten kommt es zur Erhebung einer Klage oder gar zu einer Verurteilung. Auch alle 108 Verfahren in Duisburg wurden eingestellt.

Das öffentliche Unbehagen sammelte sich jüngst in einer geistige und politische Kräfte - darunter eine Gruppe von Bundestagsabgeordneten - umschließenden Bewegung, deren Bestrebungen in der Forderung gipfelten, das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 III durch den Zusatz zu beschränken: "Die Freiheit der Kunst entbindet nicht von der Treue zur Verfassung und gilt im Rahmen der allgemeinen sittlichen Ordnung."[2] Wenn auch Anlaß dieser Aktion der Film "Das Schweigen" war, so erlangen ihre Forderungen doch über den filmischen Bereich als eines Randbezirkes der Kunst hinaus grundsätzliche Bedeutung für Literatur und bildende Kunst. So blieb es nicht aus, daß sich Gegenstimmen erhoben und die Diskussion zwar nicht - wie es übertrieben formuliert wurde - sich in einer "Kulturkampfstimmung" vollzog, jedoch auch nicht in einer sachlichen Atmosphäre, die der Bedeutung des Themas angemessen wäre. Dabei entbehrt die Furcht der Gegner der Aktion, die Kampagne gegen die "Diktatur der

---

1) Zahlen nach Dünnwald: "Kunst und Unzüchtigkeit", JR 65,46

2) Bundestagsdrucksachen für die 4. Wahlperiode IV, 3399

Unmoral" könne bald als "Diktatur der einseitigen Moral" institutionalisiert, der Geist der Freiheit in den Geist der bestehenden Ordnung verwandelt werden, nicht einer gewissen Berechtigung.

Diese Entwicklung macht deutlich, daß der Kunst Gefahr weniger von seiten der staatlichen Gewalten als vielmehr von der Gesellschaft selbst droht. Sie steht, basierend auf der Sitte, der Gewöhnung, manchmal auch der Erstarrung des Denkens, der Kunst in ihrer oft provozierenden und unverständlichen Art hilflos gegenüber. Bezogen auf die Verhaltensweisen im sexuellen Bereich - etwa freie Liebe oder voreheliche Geschlechtsbeziehungen - kann nicht gerade von einer toleranten und verständnisbereiten Betrachtung des Obszönen in der Kunst gesprochen werden.

Daß die oben genannten Werke Szenen enthalten, die, fände man sie in einem der zu Tausenden kursierenden billigen Schundhefte, dem Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" unterfielen, ist in den meisten Fällen nicht zweifelhaft. Die Vermutung liegt daher nahe, daß der Kunstwert, der ihnen unbedenklich zugebilligt werden kann, gleichgültig, ob man ihn hoch oder gering einschätzt, in irgendeiner Form Einfluß auf die Entscheidung der Anklagebehörden und Gerichte gehabt hat.

Bei der Frage, ob ein Kunstwerk überhaupt als "unzüchtig" im Sinne von § 184 StGB angesehen werden kann, und - wenn ja - unter welchen Voraussetzungen, handelt es sich um ein Problem, das in der Rechtsprechung und im Schrifttum zwar nicht im Brennpunkt der Interessen steht, zu dem aber die verschiedensten Ansichten vertreten werden. Jeder neue aktuelle Fall läßt die tiefgreifende Unsicherheit erkennen, die sowohl allgemein als auch bei Juristen darüber herrscht, nach welchen Grundsätzen die Grenzen im Spannungsfeld zwischen Kunst und Strafgesetz zu ziehen sind. Denn bei der Gewinnung klarer Richtlinien handelt es sich nicht allein um eine Wesensbestimmung

des Unzüchtigen, sondern zugleich um die der Kunst. Mit anderen Worten: die Frage nach der Unzüchtigkeit eines Kunstwerkes führt unausweichlich zur Frage nach dem Inhalt des Begriffs Kunst.

Der Beurteiler hat es also mit zwei Erscheinungen zu tu die sich erfahrungsgemäß jedem Versuch exakter Bestimmung entziehen. Aus diesem Grunde und in der Erkenntnis der Unmöglichkeit, die unübersehbare Zahl denkbarer Einzelfäll in der Deliktsbeschreibung erfassen zu können, hat es der Gesetzgeber - wie noch zu zeigen sein wird - bewußt unterlassen, das Merkmal "unzüchtig" im Tatbestand zu definiere Folglich trug und trägt die Hauptlast der Interpretation d Rechtsprechung, wobei sie sich allerdings auf die im Schrifttum entwickelten Grundsätze stützen kann, das seine seits immer wieder Impulse von der Rechtsprechung empfange hat - ein Beispiel der fruchtbaren Wechselwirkung zwischen beiden Zweigen unseres Rechtssystems. Das hat jedoch nicht an dem Dilemma zu ändern vermocht, in das das Gesetz uns hat geraten lassen: auf der einen Seite verlangt die Moral die Sittlichkeit oder was auch immer Rechtsgut sein und ge fährdet erscheinen mag, den ihr gebührenden Schutz, auf de anderen Seite die Kunst ihre Freiheit, ohne die sie nicht existieren kann.

Sicher ist, daß die relative Seltenheit von Fällen der Verfolgung künstlerischer Äußerungen in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg nicht von der Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit den Fragen entbindet, die die Vorschrift des § 184 StGB aufwirft. Zeigt doch ein Rückblick in die Geschichte der Rechtsprechung, daß gerade die Auslegung einer Norm, die sich mit dem Hinweis auf außerrechtliche Maßstäbe begnügt, erheblichen Schwankungen unte worfen ist. So besteht die Möglichkeit, daß sich unter dem Druck restaurativer Kräfte, wie sie sich jüngst bemerkbar machten, jederzeit ein Umschwung anbahnen kann; denn § 184 StGB bietet sich als Einbruchsstelle für die Moral einseitig weltanschaulich gebundener Kräfte an, die so versuchen können, ihre Ansicht auch für Außenstehende ver-

bindlich zu machen.

Aufgabe der Untersuchung wird also sein, Grundsätze für die Beantwortung der Frage zu entwickeln, unter welchen Umständen ein Kunstwerk unzüchtig sein kann. Dafür ist es notwendig, die Geschichte der Bestimmungen gegen unzüchtige Schriften, Abbildungen und Darstellungen kurz zu streifen. Nicht übergangen werden kann die Garantie der Kunstfreiheit in Art. 5 III GG, da sich daraus möglicherweise entscheidende Erkenntnisse für die Interpretation von § 184 StGB gewinnen lassen.

§ 2

Allgemeine Bemerkungen zu § 184 StGB
Einkreisung des Problems

A. Der in Frage kommende Tatbestand: Ziffer 1

§ 184 StGB enthält in der geltenden Fassung mehrere selbständige und unter sich gleichwertige Tatbestände [1]. Das hier in Frage stehende Problem der Subsumtion von Kunstwerken unter diese Vorschrift kann allerdings nur im Hinblick auf die Ziffern 1 und 2 aktuell werden, wobei wiederum der Unterschied zwischen diesen auf einem Gebiet liegt, das mit dem zu erörternden Fragenkreis in keinem Zusammenhang steht. Ausgangspunkt der Untersuchung soll daher § 184 Abs. 1 Ziffer 1 StGB sein.

I. Gegenstand der in diesem Tatbestand beschriebenen Handlungen sind Schriften, Abbildungen und Darstellungen.

1. Unter Schriften ist die Festlegung von Gedankenäußerungen in der Form irgendwelcher Zeichen zu verstehen, die dazu bestimmt und geeignet sind, die Äußerungen dem menschlichen Verständnis zu vermitteln, sie sinnlich wahrnehmbar zu machen und demgemäß aus sich heraus wiederzugeben [2]. Die Zeichen können Buchstaben, Noten, Bilder, Zahlen, Chiffren, stenographische oder telegraphische Gestaltungen usw. sein, optisch, durch das Gefühl (Blindenschrift), das Gehör unmittelbar oder durch Einschaltung eines mechanischen Hilfsmittels wahrgenommen werden. Auf Grund dieser Begriffsbestimmung wurden auch Grammophonplatten als Schriften angesehen [3].

---

1) Nach Mezger, LK § 184 Anm. 1 sind es fünf, nach Schönke-Schröder, § 184 Anm. 1, nur vier.

2) RG 47, 223

3) Der Entwurf 1962 stellt in § 11 Abs. 3 die Tonträger ausdrücklich den Schriften gleich.

2. Abbildungen sind nach der Definition des Reichsgerichtes[1] bildliche Darstellungen von Geschehnissen (an dieser Stelle ist zur Vervollständigung hinzuzufügen: "... und Zuständen"), also Zeichnungen, Gemälde, Photographien, Filmstreifen. Ob der als Abbildung anzusehende Gegenstand vom Beschauer unmittelbar betrachtet oder ob er im Spiegelbild oder Schattenbild vorgeführt wird, ist gleichgültig, ebenso, ob die Abbildung schon vorher angefertigt war oder ein bereits vorhandener Stoff erst mit der Abbildung versehen wird[2].

3. Das Tatbestandsmerkmal "Darstellung" ist der übergeordnete Begriff, der Schriften und Abbildungen mitumfaßt. Darunter sind alle stofflichen Zeichen zu verstehen, die einem anderen die Vorstellung eines sinnlich wahrnehmbaren Vorgangs oder eines Gedankens übermitteln können[3]. Zu den Darstellungen zählen etwa Schallplatten [4] (die in einer anderen Entscheidung allerdings den Abbildungen untergeordnet wurden) und Erzeugnisse der Plastik, z.B. Porzellanfiguren[5].

Wenn die Ansicht vertreten wird, auch schauspielerische Veranschaulichungen gehörten zu den Darstellungen im Sinne von § 184 StGB[6], so kann dem nicht gefolgt werden. Der im gewöhnlichen Sprachgebrauch übliche Begriff des Darstellens wird im Zusammenhang mit dem Verbot des Verbreitens, Ausstellens usw. beschränkt, denn nur körperliche Gegenstände können feilgehalten und verkauft werden. Unter dem Begriff "Darstellung" können also allein körperliche Gegenstände

---

1) RG 39, 183
2) RG 11, 282
3) Schönke-Schröder § 42 Anm. 6
4) RG 47, 405
5) RG 57, 400
6) Welzel Lehrbuch S. 403; Kohlrausch-Lange § 184 Anm. 2

verstanden werden, die durch die Tätigkeit des Darstellenden geschaffen wurden. Durch eine Theateraufführung entsteht aber nichts Bleibendes, das Objekt einer der genannten Tathandlungen sein könnte.

Fraglich könnte sein, ob nicht in den Fällen, in denen der Bühnenaufführung eine körperliche Darstellung, eine Schrift, zugrunde liegt, die Aufführung als deren Verbreitung angesehen werden kann. Diese Möglichkeit muß schon deshalb verneint werden, weil jene Tätigkeit mehr erfordert als nur die Kundgabe des Inhalts eines unzüchtigen Werkes. Die Vorschrift des § 184 StGB trifft in ihrem ersten Teil - verkaufen, verteilen, verbreiten - nur diejenigen Tathandlungen, durch welche der Gegenstand selbst einer Mehrheit von Personen zugänglich gemacht wird. Insoweit setzt § 184 StGB also eine körperliche Übergabe voraus[1], die Weitergabe des Werkes in seiner Substanz[2]. Ebensowenig wie in dem Spielenlassen eines unzüchtigen Liedes auf dem Grammophon[3] oder dem bloßen Vorlesen einer Schrift[4] eine Verbreitung liegt, kann in der Aufführung eines Theaterstückes eine Verbreitung des zugrunde liegenden Werkes gesehen werden.

In seinem zweiten Teil - ausstellen, anschlagen - verlangt § 184 StGB nicht mehr eine Übergabe des Gegenstandes selbst, sondern nur die Zugänglichmachung des Inhalts. Doch ist auch hier erforderlich, daß die unmittelbare Augenscheinseinnahme des unzüchtigen Werkes selbst ermöglicht wird. Es genügt mithin nicht die mittelbare Kundgabe des Inhaltes der Schrift, vielmehr muß diese selbst ausgestellt werden[5]. Da dies durch die Theateraufführung nicht geschieht, stellt sie sich nicht

---

1) Kohlrausch-Lange § 184 Anm. IV 1

2) Mezger LK § 184 Anm. 4; RG GA 60, 67

3) RG 47, 226

4) Mezger LK § 184 Anm. 4; BGH 18, 63; h.M.

5) Speidel: Die unzüchtige Theateraufführung, S. 23

als ein Handlungsakt i.S. von § 184 StGB dar und wird daher in keiner Weise von dieser Vorschrift erfaßt.

4. Mögen die Grenzen zwischen den Tatbestandsmerkmalen Schriften, Abbildungen und Darstellungen auch fließend sein, so geht aus dem kurzen Überblick doch schon hervor, daß sie nahezu sämtliche Formen, in denen sich künstlerische Tätigkeit überhaupt äußern kann, erfassen. Eine Ausnahme scheint nicht einmal die Musik zu machen; denn auch Noten wurden vom Reichsgericht[1] zu den Schriftzeichen gezählt, wobei es gleichgültig ist, daß sie erst durch Einschaltung mechanischer Hilfsmittel oder der menschlichen Stimme wahrgenommen werden können. Doch wird die Musik selbst im Ergebnis niemals mit § 184 StGB kollidieren können. Zwar sprechen wir bisweilen von "sinnlicher Musik" und denken dabei vielleicht an Richard Strauß (Don Juan, Ein Heldenleben) oder Wagner. Auch ohne nähere Prüfung des sachlichen Gehalts des Merkmales "unzüchtig" leuchtet aber ein, daß es auf die Musik als solche keine Anwendung finden kann.

II. Im übrigen bietet die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale Schriften, Abbildungen und Darstellungen keine besonderen Schwierigkeiten. Das gleiche gilt für die in § 184 StGB beschriebenen Tathandlungen, auf die im Zusammenhang mit der Prüfung, ob die Vorschrift auch Theateraufführungen erfaßt, kurz eingegangen wurde. Darüber hinaus sind sie für den Gegenstand der Arbeit nicht von Interesse und sollen daher nicht weiter erörtert werden.

Die Frage, wie bei der strafrechtlichen Bewertung von Kunstwerken mit Hilfe des Tatbestandes von § 184 StGB vorgegangen werden muß, hängt letztlich allein von der Interpretation des Begriffs "unzüchtig" ab. Nur er wird daher im folgenden zu erörtern sein.

---

1) RG 47, 223

B. Die Bedeutung des § 183 StGB für das Thema

Bisher war im Zusammenhang mit der Kollision von Kunst und Strafrecht nur die Rede von § 184 StGB. Doch berührt sich ein weiterer Tatbestand mit dem Thema der Arbeit: § 183 StGB nämlich, der denjenigen mit Strafe bedroht, der durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gibt. Mit dieser Vorschrift kann ein Kunstwerk in einem besonderen Fall kollidieren, der von § 184 StGB - wie ausgeführt wurde - nicht erfaßt wird: es ist dies der des Bühnenwerkes, in dem unzüchtige Handlungen enthalten sind. Man denke in diesem Zusammenhang an Ballettszenen: wenn etwa Maurice Béjart mit seinem "Ballett des XX. Jahrhunderts" Strawinskis "Sacre du Printemps" realistisch als Zeugungsopfer zelebriert; oder an die "Venusberg"-Szene in Wagners "Tannhäuser". Erinnert sei auch an den berühmten Reigenprozeß von 1922 vor einem Berliner Gericht, in dem Direktion und Darsteller des Berliner Kleinen Schauspielhauses angeklagt waren, durch eine Aufführung von Schnitzlers "Reigen" gegen § 183 StGB verstoßen zu haben.

Auf die Behandlung der Probleme bei der Anwendung dieser Vorschrift soll verzichtet werden[1], da sich eine gemeinsame Behandlung von § 183 und § 184 StGB wegen der unterschiedlichen Zielsetzung beider Tatbestände nicht empfiehlt. Es ist - worauf Jäger hinweist[2] - leichter, Normen des Verhaltens zu finden als Normen des Schreibens, Malens, Darstellens. Bezüglich der Handlungen ist der Beurteilungsgegenstand einfacher und übersehbarer; über exhibitionistische Vorgänge wird kein weltanschaulicher Disput möglich sein, kein Streit um Toleranz und Freiheitsrechte, wie es bei künstlerischer Gestaltung derartiger Lebensvorgänge der Fall ist. Bei ihr geht es nicht zuletzt auch um die Bewertung

1) Eine eingehende Erörterung bietet die Dissertation von Speidel

2) Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. S. 105

eines ästhetischen Phänomens, wozu nicht jedermann ohne besondere Sachkenntnis qualifiziert ist.

Somit soll Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen allein der Tatbestand des § 184 StGB im schon eingegrenzten Rahmen sein.

§ 3

Geschichtliche Entwicklung der Maßnahmen gegen unzüchtige Werke

Ein Rückblick in die Geschichte läßt erkennen, daß der Tatbestand des § 184 StGB vorläufig am Ende einer langen Reihe von Maßnahmen gegen unzüchtige Werke steht; vorläufig deshalb, weil auch der Entwurf eines neuen deutschen Strafgesetzbuches von 1962 auf entsprechende Strafbestimmungen nicht verzichtet. Bei der Rückschau soll das besondere Augenmerk darauf gerichtet werden, ob das Bedürfnis, das sittliche Empfinden des einzelnen zu schützen - oder was auch immer Zweck der Maßnahmen gewesen sein mag -, zu einer Kollision mit der Kunst führte und welche rechtliche Behandlung dieser Konflikt erfuhr[1].

Zwei rivalisierende Gewalten waren es, die Verbote und Strafdrohungen erließen: die Kirche und die weltlichen Machthaber.

A. Maßnahmen der Kirche

Die Bücherverbote der Kirche richteten sich im Mittelalter hauptsächlich gegen glaubensgefährdende Schriften; eine Verfolgung auch des erotischen Schrifttums war dagegen höchst selten. Opfer einer der wenigen bekannt gewordenen Verfolgungen war Pietro Aretino, der Dichter der "sonnetti lussoriosi", der sich den Sanktionen des Papstes Clemens VII. durch die Flucht entzog[2].

---

1) Eine ausführliche geschichtliche Darstellung bietet die Dissertation von Nagorski: "Die Strafbestimmungen gegen die unzüchtigen Schriften in geschichtlicher Darstellung."
2) Nagorski S. 15

Die Erfindung des Buchdrucks führte, infolge der Erleichterung der Vervielfältigung, zu einer stetig wachsenden Verbreitung von Schriften aller Art. Die ohne vorherige Zensur erschienenen wurden daraufhin in einem Verzeichnis zusammengestellt: So entstand im Jahre 1559 unter Papst Paul IV.der erste "Index librorum prohibitorum". Er bestand lediglich aus der Einzelaufzählung verbotener Bücher, in der Mehrzahl - und das war auch späteren Indices immer das Wichtigste - den Schriften der Häretiker, enthielt dagegen keine abstrakt gefaßten, allgemeingültigen Bestimmungen.

Die erste von der kirchlichen Gewalt formulierte Verordnung gegen die unzüchtige Literatur wurde im Jahre 1564 nach dem Konzil von Trient (1562-1563) veröffentlicht. Sie war Gegenstand der VII.Indexregel: Libri, qui res lascivas seu obscoenas ex professo tractant, narrant aut docent ... Antiqui vero ab Ethnicis conscriptis propter sermonis elegantiam et proprietatem permittuntur."

An dieser Formulierung ist zweierlei bemerkenswert. Einmal, daß die klassischen Schriftsteller "wegen der Schönheit und Eigenart ihrer Sprache" erlaubt wurden. Darin ist also - in der modernen Terminologie ausgedrückt - eine Art "Kunstvorbehalt" zu sehen, ein Beweis dafür, daß den Verfassern das Problem"Kunst und Sittlichkeit" durchaus schon bewußt war. Wie die Vorschrift in der Praxis gehandhabt wurde, wenn sie nichtklassische Werke betraf, wird am Beispiel des "Decameron" von Boccaccio deutlich, das auf dem Index nicht fehlte: 1573 erschien eine gereinigte Ausgabe, in der die eigentlich unzüchtigen Stellen weiterhin enthalten waren und nur dasjenige entfernt worden war, was dem Ansehen der Kirche schaden konnte: die Sünder des Klerus waren in gewöhnliches Volk verwandelt worden[1].

---

1) Craig: The banned books of England and other Countries, S. 19

Zum anderen fällt an der Formulierung der VII. Indexregel auf, daß sie Bücher nur dann verbot, wenn sie schmutzige und unsittliche Dinge "ex professo", also planmäßig behandelten, erzählten oder lehrten. Gegen die Darstellung um der Kunst willen - und damit, wie man wohl meinte, ohne diese unzüchtige Tendenz - bestand offenbar, wie die gereinigte Form des "Decameron" beweist, kein Einwand. Getroffen werden sollte ersichtlich allein die Pornographie, deren Ausgrenzung aus dem Bereich der Kunst im Einzelfall allerdings erhebliche Schwierigkeiten gemacht haben dürfte.

Die VII. Indexregel unterlag im Laufe der Zeit vielfachen Modifizierungen. Im Index Sixtus V. von 1590 entsprach sie der XIV.Regel, worin das Verbot auf Schriften über "res amatoria" ausgedehnt wurde. Auch fehlte in ihr der Vorbehalt zugunsten der klassischen Schriften. Diese fielen aber dennoch nicht unter das Verbot, da die Bestimmung nur von Büchern sprach, die "vulgari sermone conscripti", also - im Gegensatz zur lateinischen - in lebender Sprache geschrieben waren.

Befaßten sich die Maßnahmen bisher allein mit Schriften, so enthielt dieser neue Index erstmals eine gegen bildliche Darstellungen gerichtete Vorschrift. Aber schon im Jahre 1596 griff Papst Clemens VIII. in seinem Index auf die zehn Trienter Regeln zurück. Seither wurden in Rom von Zeit zu Zeit neue Ausgaben publiziert, die jedoch keine wichtigen Änderungen der allgemeinen Bestimmungen mit sich brachten.

Im Jahre 1910 erschien unter Leo XIII. ein neugestalteter Index, der an die Stelle der vorausgegangenen Ausgaben trat. In ihm wird der relative Schutz, dessen sich bisher schon die lateinischen Klassiker erfreuen konnten, auf die modernen Schriftsteller ausgedehnt. Doch sind beide nicht etwa unbeschränkt zugelassen, sondern nur zu beruflichem oder wissenschaftlichem Gebrauch für diejenigen, deren Amt oder Lehrberuf diese Ausnahme notwendig macht[1].

1) Nagorski a.a.O. S. 26, 27

Die letzte Ausgabe des Index aus dem Jahre 1948 enthält mehr als 4000 Bücher, darunter Pascals "Pensées"[1], alle Werke Voltaires[2], alle Romane Balzacs[3], weiter Anatole France[4], Stendhal[5] und Zola[6]. Von den zwölf allgemeinen Regeln werden über die im Index namentlich genannten Verfasser und Werke hinaus noch weit mehr erfaßt, lautet doch die neunte Regel ganz allgemein: "Verboten sind Bücher, die schlüpfrige oder unkeusche Dinge planmäßig (ex professo) behandeln, erzählen oder lehren". Hinsichtlich der sogenannten klassischen Schriften gibt das kirchliche Gesetzbuch keine eigenen Bestimmungen, so daß sie ebenfalls verboten sind[7]. Dagegen sind alle "vom Geiste des Unglaubens oder der Sittenlosigkeit" gereinigten Ausgaben erlaubt. Medizinische, juristische oder moraltheologische Werke, die unkeusche Dinge zu einem ernsten Zweck behandeln, fallen ebenfalls nicht unter das Verbot.

Wenn auf dem jüngsten Konzil beschlossen wurde, die gesamte Einzelaufzählung verbotener Werke zu streichen, so tritt dadurch in der Behandlung dieser Werke im Ergebnis keine grundlegende Änderung ein. Die allgemeinen Indexregeln behalten ihre Gültigkeit, so daß ein Bewertungsmaßstab für die bisher in der Einzelaufzählung enthaltenen Schriften auch künftig vorhanden ist.

---

1) Index librorum prohibitorum 1948, S. 357
2) a.a.O. S. 491
3) a.a.O. S. 36
4) a.a.O. S. 178
5) a.a.O. S. 451
6) a.a.O. S. 508
7) So Sleumer: Index Romanus, Anmerkung zur 8. und 9. Indexregel, S. 118/119

B. Maßnahmen der Staatsgewalt

Auch die weltlichen Machthaber ergriffen Maßnahmen gegen das unzüchtige Schrifttum erst nach Erfindung des Buchdrucks.

I. Sie hatten für lange Zeit die Form von Zensurbestimmungen: so im Jahre 1504 die Maßnahmen der Stadt Straßburg gegen "schändliche und üppige Lieder"[1], 1540 in Bayern gegen "ergerlich und verfüerisch bücher, gedicht" [2]. Ob die in der Reichspolizeiordnung von 1548 enthaltene Bestimmung gegen "Schmähschriften oder Gemälde pasquillisch oder anderer Weise, sie seien geschrieben, gemalt oder gedruckt" auch gegen unzüchtige Schriften usw. gerichtet war, erscheint höchst zweifelhaft[3].

Die vielen Reichsabschiede und die den Buchdruck und -handel betreffenden Verfügungen, die eine förmliche Zensur anordneten, sagten über ein Vorgehen gegen unzüchtiges Schrifttum nichts aus, ebensowenig die Reichs- und Landespolizeiordnungen jenes Jahrhunderts. Dagegen richtete sich ein Zensuredikt der Stadt Mainz aus dem Jahre 1584 auch gegen obszöne Schriften[4].

---

1) Reusch, Index der verbotenen Bücher, 1.Bd. S. 58

2) Nagorski S. 30

3) Für die interessante Frage, welche der beiden Gewalten als erste Sanktionen erließ, ist die Auslegung der genannten Vorschrift unbedeutend; denn auf jeden Fall lagen die bayrischen Bestimmungen, deren Auslegung nicht zweifelhaft sein kann, zeitlich vor dem ersten Index von 1559. Wenn auch die Kirche ihre Bestimmungen später formulierte, so scheint dennoch - wie Nagorski nachweist - der Gedanke der Verfolgung unzüchtiger Schriften von ihr zu stammen.

4) Abgedruckt bei Nagorski a.a.O. S. 33

Der erste bekannte Fall der Verfolgung des Unzüchtigen in Schrift und Bild trug sich 1571 in Leipzig zu[1]. Während der dortigen Buchmesse ging man gegen einen Buch- und Kartenmaler vor, der Gemälde und Bücher obszönen Charakters feilhielt. Sie wurden beschlagnahmt und am 13.Oktober jenes Jahres auf dem Markt zu Leipzig verbrannt.

Auch im 17. und 18. Jahrhundert beschränkte sich das Vorgehen der Staatsgewalt noch auf das Gebiet der Zensur und der polizeilichen Maßnahmen. Nach dem z.B. 1781 unter Joseph II. für Österreich erlassenen Zensurgesetz "soll man gegen alles, was unsittliche Auftritte und ungereimte Zoten enthält, aus welchem keine Gelehrsamkeit, keine Aufklärung jemals entstehen kann, strenge.. sein", Die Wendung "-- aus welchen keine Gelehrsamkeit, keine Aufklärung jemals entstehen kann", darf dahin verstanden werden, daß zumindest Werke der Wissenschaft, doch wohl auch der Kunst, vom "strengen Vorgehen" ausgeschlossen sein sollten.

II. Die ersten strafrechtlichen Bestimmungen gegen das Unzüchtige in Wort und Bild schuf nicht Deutschland, sondern Frankreich 1810 mit dem Art. 287 des code pénal, der "toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures, ou images contraires aux bonnes moeurs" unter Strafe stellte. Diese Vorschrift wurde in der Folgezeit, vor allem nach Aufhebung der Zensurbestimmungen, zum Vorbild für die Gesetzgebung der übrigen europäischen Staaten, die nun ihrerseits besondere Normen gegen die unzüchtigen Schriften und Abbildungen in ihre strafrechtlichen Kodifikationen aufnahmen.

Das hauptsächlich von Feuerbach verfaßte bayrische StGB von 1813, das die Gesetzgebung der deutschen Staaten bis zum Erlaß des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851 stark beeinflußte, enthielt jedoch noch keine entsprechende Strafvorschrift.

---

1) Nagorski a.a.O. S. 38

Als erstes deutsches Strafgesetzbuch regelte das Sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838 die fragliche Materie. Es unterschied allerdings nicht zwischen ärgerniserregenden Handlungen und der Verbreitung unzüchtiger Schriften, sondern vermengte beides in Art. 309. Ähnliche Bestimmungen traten bald in rascher Folge in Kraft: so in Sachsen-Weimar (1839), Sachsen-Altenburg (1841), Sachsen-Meiningen (1844), Braunschweig (1840), im Großherzogtum Hessen (1841).

Bei der Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für Baden (1845) wurde u.a. der Antrag gestellt, die Verbreitung unzüchtiger Schriften nicht mit Strafe zu bedrohen, bei den bildlichen Darstellungen aber die Strafdrohung auf den Fall zu beschränken, daß in ihnen obszöne Handlungen dargestellt werden. Ohne diese Beschränkung könnte mancher Richter leicht verleitet werden, auch Bilder, die durch Wiedergabe der natürlichen Nacktheit das besonders empfindliche Schamgefühl verletzten, unter den Begriff unzüchtig zu fassen[1]. Dieser Antrag ist insofern bemerkenswert, als der Antragsteller von einer Erkenntnis ausging, die sich das Reichsgericht erst relativ spät abrang: daß nämlich die Wiedergabe des nackten menschlichen Körpers für sich allein niemals unzüchtig sein könne. Welches der Beweggrund des Antragstellers war, kann nur vermutet werden. Sicherlich ging es ihm nicht um die - wie zu allen Zeiten - wohl auch damals blühende Pornographie, sondern um den Schutz der Kunst. Dieser Zweck aber konnte durch die Annahme seines Antrages in erheblichem Ausmaß erreicht werden. Strafrechtlich relevant blieb jedoch der nicht geringe Teil jener bildlichen Darstellungen, dem ein zusätzliches erotisches Element eigen war. Immerhin wurde dem Antrag, die Strafdrohung auf Bilder zu beschränken,

---

1) Mittermaier: "Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit: Unzüchtige Schriften", in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. 4 S. 202, Fußnote 1

in denen unzüchtige Handlungen dargestellt waren, stattgegeben; die Verbreitung unzüchtiger Schriften wurde - entgegen dem Antrag - mit Strafe bedroht.

Dem Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 gingen in verschiedenen Entwürfen unterschiedliche Fassungen einer Vorschrift voraus, die das Verbreiten unzüchtiger Schriften usw. unter Strafe stellte. So hieß es im Entwurf von 1849: "Wer Schriften, Abbildungen oder Darstellungen, welche die Sittlichkeit verletzen, verkauft usw., wird... bestraft." An die Stelle des umschreibenden Relativsatzes trat in § 151 der endgültigen Fassung einzig das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig". Diesem Vorgehen lag offensichtlich die Erkenntnis zugrunde, daß es für den Gesetzgeber schlechterdings unmöglich sei, den Begriff des Unzüchtigen so scharf zu umreißen, daß die Anwendung des Tatbestandes praktikabel sein würde, ohne mit Kunst und Wissenschaft in Konflikt zu geraten.

Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 wiederum hatte Einfluß auf die Kodifikationen anderer deutscher Staaten: das Österreichische StGB von 1852,in dessen § 516 jedoch der zu regelnde Sachverhalt mit den unzüchtigen Handlungen vermengt wurde, das Sächsische StGB von 1855 und das Bayrische von 1861.

Als das Preußische Strafgesetzbuch 1871 im StGB des neugeschaffenen Reiches aufging, wurde § 151 als § 184 fast unverändert übernommen.

III. Am 22.Oktober 1891 wurde vom Kaiser in einem Erlaß eine wirksamere Abwehr der öffentlichen Unsittlichkeit für notwendig erklärt. Äußerer Anstoß war der im Jahre 1891 vor einem Berliner Schwurgericht verhandelte Mordprozeß gegen das Kuppler-Ehepaar Heinze, der Mißstände zutage förderte, "welchen trotz der Anstrengungen der beteiligten Behörden auf Grund der bisherigen Gesetze nicht hinlänglich gesteuert werden" konnte und "welche daher eine Abänderung und Ergänzung der letzteren erforderlich erscheinen" ließen[1].

1)Zitiert nach Schlecht:"Die Lex Heinze"in GS Bd.60 S. 2 ff

Die Folge war die Ausarbeitung einer Reform der §§ 180 ff, bekannt unter der Bezeichnung "Lex Heinze." Man ging offenbar davon aus, daß zwischen Zuhälterei und Prostitution, überhaupt zwischen von der herrschenden Moral mißbilligtem Verhalten - wozu auch die Verbreitung unzüchtiger Schriften gehörte - und Kapitalverbrechen ein gewisser Zusammenhang oder sogar eine Gesetzmäßigkeit bestehe.

Neun Jahre hindurch beschäftigte sich der Reichstag mit der "Lex Heinze". Sie rief gleichzeitig in der Öffentlichkeit große Bewegung hervor. In der Presse, in Versammlungen und Vorträgen wurde zum Kampf gegen das neue Gesetz aufgerufen, das man als gegen die Freiheit des Geistes gerichtet ansah. Denn in seinem Rahmen erfuhr auch § 184 auf Betreiben der Zentrumsfraktion eine grundlegende Änderung. Sein Entwurf lautete:
"Wer unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt, oder sonst verbreitet, wer sie zur Verbreitung herstellt, oder zum Zweck der Verbreitung in Besitz hat, ankündigt oder anpreist, oder wer durch Ankündigung in Druckschriften unzüchtige Verbindungen einzuleiten sucht, ingleichen, wer an öffentlichen Straßen oder Plätzen Abbildungen oder Darstellungen ausstellt oder anschlägt, welche ohne unzüchtig zu sein, durch gröbliche Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls Ärgerniß zu erregen geeignet sind, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und mit Geldstrafe bis zu 600,-Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft".
Es folgten zwei weitere Absätze.

Der Reichstag diskutierte 1893 die Vorlage dieses sprachlichen Monstrums, dessen Auslegung nicht zuletzt von der Interpunktion abhing, verweigerte ihr aber die Zustimmung. Es wurde darauf hingewiesen, daß diese Fassung, sollte sie Gesetz werden, mit ihren unbestimmten und dehnbaren Begriffen eine erhebliche Gefahr für die Kunst werden könne.

So sprach der Abgeordnete Träger von der "Gefährdung rein künstlerischer Interessen"[1] und führte weiter aus[2]: "Es ist keinem Richter eingefallen, wahre Kunstwerke mit seinem Richterspruch zu verfolgen. Wenn diese Bestimmung Gesetz wird, dann können wir nach rückwärts eine Razzia unter den berühmtesten Künstlern anstellen..., und auch eine moderne Richtung der Kunst, die, wenn auch nicht allgemein anerkannt, aber doch gewiß berechtigt ist, wird dadurch unterdrückt werden... man sollte in die Entwicklung der Kunst nicht mit der Faust des Strafrichters und nicht mit einem noch dazu ganz ungeschickten Griff hineinlangen wollen". Er stand mit seiner Warnung nicht allein; auch der Abgeordnete Bebel teilte diesen Standpunkt und verwies auf die Figuren der Berliner Schloßbrücke, die doch nach dem Standpunkt der Verfasser der Vorlage in erheblichem Maße geeignet sein müßten, Ärgernis zu erregen.

Diese Abgeordneten waren die einzigen Redner, die die Konflikte voraussahen, zu denen es zwischen Kunst und Strafgesetz nach Verabschiedung der Vorlage unausweichlich kommen mußte. Alle übrigen gelangten nicht über eine gefühlsmäßige und von vorgefaßten Meinungen bestimmte Betrachtungsweise der Problematik hinaus.

Außerdem war der Antrag gestellt worden, die Aufführungen von unzüchtigen Vorstellungen usw. unter Strafe zu stellen; dieser sogenannte "Theaterparagraph" wurde jedoch nicht angenommen[3].

---

1) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des dtsch. Reichstages, Sitzungen 1892/93, Bd. 1, S. 139

2) a.a.O. S. 140

3) Frank, der der "Lex Heinze" eine ironische "Leichenrede" widmete (DJZ 5, 237 ff), nannte den Theaterparagraphen "nichts anderes als eine versteckte Umgehung des ersten Grundsatzes unseres StGBs, des "nulla poena sine lege".

Die erstgenannte Vorlage wurde im selben Jahr an eine Kommission zur weiteren Beratung überwiesen. Sie billigte die Fassung im wesentlichen, schlug jedoch vor, aus ihr zwei selbständige Tatbestände zu machen: die §§ 184 und 184a StGB.

Nach Ablauf von vier Jahren legte die Zentrumsfraktion einen neuen Entwurf vor, in dem wiederum der sogenannte "Theaterparagraph" enthalten war. In der 1898 stattfindenden Reichstagsdebatte fand die Vorlage keine günstige Aufnahme. Auch § 184a wurde als für Kunst und Literatur gefährliche Bestimmung bezeichnet. Absatz 1 dieser Vorschrift lautete:

"...wird bestraft, wer an öffentlichen Straßen und Plätzen Schriften, Abbildungen oder Darstellungen ausstellt oder anschlägt, welche, auch ohne unzüchtig zu sein, durch grobe Unanständigkeiten geeignet sind, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl erheblich zu verletzen". Alle Vorschriften unterlagen bis zur Regierungsvorlage von 1899 und den Lesungen im Reichstag noch verschiedenen Änderungen.

Was von der ursprünglichen "Lex Heinze" die sich über fast zehn Jahre hinziehende Debatte überstanden hatte, wurde am 25.6.1900 Gesetz. Neben verschiedenen - hier nicht interessierenden - Abänderungen wurde dem § 184 eine neue Gestalt gegeben und dessen früherer Absatz 2 zum selbständigen § 184 b erhoben, während der Inhalt unverändert blieb. § 184a wurde neu eingeführt; § 183 blieb völlig unverändert.

IV. Die sich seit der Jahrhundertwende mehr und mehr verstärkenden Bestrebungen, das in vielerlei Hinsicht als veraltet und lückenhaft empfundene geltende Strafgesetzbuch durch eine umfassende Reform den Erkenntnissen und Bedürfnissen des 20. Jahrhunderts anzupassen, führten zu einer Reihe von Vorentwürfen und Entwürfen, die alle auf eine dem geltenden § 184 entsprechende Vorschrift nicht verzichteten. Die besondere Berücksichtigung von Kunst und Wissenschaft taucht dabei weder in einem der Tatbestände noch in den Begründungen auf. Allein im "Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" von 1913 wird in der Begründung zu

§ 257[1] ausgeführt: "Der Rechtsprechung muß die Auslegung des Begriffs des Unzüchtigen überlassen bleiben. Eine kasuistische Feststellung ist hier ausgeschlossen", und fährt dann fort: "Es muß der nötige Schutz gegen eine Gefährdung oder gar Verwilderung der Sitten durch unzüchtige literarische oder bildnerische Erkenntnisse gewährleistet, andererseits aber darauf geachtet werden, daß nicht berechtigte wissenschaftliche oder künstlerische Interessen beeinträchtigt werden..".
Doch wird nicht gesagt, unter welchen Umständen diese Interessen als "berechtigt" anzusehen sind.

Die Reformbestrebungen der jüngsten Zeit haben zu dem 1962 veröffentlichten Entwurf eines Strafgesetzbuches geführt. Die darin in Aussicht genommene Regelung soll nicht Gegenstand eines abschließenden Ausblicks der Arbeit auf das kommende Recht sein, sondern an dieser Stelle vorgestellt werden. Denn der Entwurf bringt keine durchgreifenden Änderungen, die eine grundlegende Neuorientierung hinsichtlich der zu erörternden Probleme erforderlich machen, so daß sich eine Gesamtbetrachtung des Fragenkreises sowohl für das geltende als auch das kommende Recht empfiehlt.

Der Vorschrift des § 184 StGB entspricht im Entwurf die des § 220, in deren Tatbestand an dem Merkmal "unzüchtige Schrift usw." festgehalten wird. Dazu sagt die amtliche Begründung: "Der Begriff der unzüchtigen Schrift umspannt eine solche Vielfalt tatsächlicher Erscheinungen und ist in seiner jeweiligen Auslegung von der allgemeinen kulturellen Entwicklung so abhängig, daß er sich jeder näheren abstrakten Beschreibung entzieht. Seine Abgrenzung im Einzelfall muß wie bisher den Gerichten überlassen bleiben. Nur durch die Rechtsprechung kann deshalb auch Bedenken Rechnung getragen werden, die sich gegen eine angeblich ungenügende Berücksichtigung künstlerischer und wissenschaftlicher Belange richten"[2].

Aufschlußreich sind auch die Diskussionen, die die Vorschläge des Sachbearbeiters des Bundesjustizministeriums zu

---

1) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1913; Bes. Teil, Begründung S. 700

2) Entwurf 1962, Begründung S. 383 links

§ 367 des Umdrucks J 78[1] (entspricht § 220 des Entwurfs) auslösten. Zwei Alternativen waren für dessen Tatbestand in Aussicht genommen worden; die erste deckte sich weitgehend mit dem geltenden Recht, die zweite umschrieb das Merkmal"unzüchtig" durch den Satz: "..., die das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung erheblich verletzt". Gegen diese Formulierung wurden von Welzel die Interessen der Kunst in die Diskussion geworfen[2]: "In der zweiten Alternative wird das Wort unzüchtig durch eine objektive Umschreibung ersetzt. Wir stehen damit vor der alten Streitfrage bei § 184 Nr. 1, ob rein objektive Eignung, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl zu verletzen, genügt, oder ob ein subjektives Element hinzukommen muß, zwar nicht wollüstige Absicht, aber doch die Tendenz, beim Empfänger sexuelle Erregung hervorzurufen. Die Frage wird bedeutsam bei der künstlerischen Leistung. Sie kann erheblich verletzen, sie kann aber künstlerisch so durchformt und wertvoll sein, daß das Werk nicht als unzüchtig gilt. Wir dürfen die Freiheit der künstlerischen Leistung und Schöpfung nicht antasten. Wir würden aber Schwierigkeiten in diesem Punkt zu befürchten haben, wenn wir uns für die zweite Alternative entscheiden würden." Dagegen wandte sich Lackner mit der Begründung, bei Kunstwerken werde die Unzüchtigkeit immer schon aus objektiven Gründen verneint. Wegen des künstlerischen Gehalts der Werke werde das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl nicht verletzt. Deshalb bedeute die Formulierung der zweiten Alternative keine Einschränkung.

Bockelmann präzisierte Welzels Bedenken dahin: "Die Formulierung der zweiten Alternative paßt auch auf künstlerische Darstellungen. Nur wenige Menschen können sich ein verständiges Urteil darüber erlauben, ob ein Werk künstlerisch wertvoll ist oder nicht. Stellen wir auf das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl ab, so kommt es auch auf das Urteil derjenigen an, die von Kunst nichts verstehen. Die Interpretation der Be-

---

1) Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, S. 564

2) a.a.O. S. 247

stimmung wird erleichtert, wenn nicht expressis verbis auf das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl abgestellt, sondern das Merkmal "unzüchtig" verwendet wird; denn dann kann man im Falle des Kunstwerks sagen: Es mag zwar das Scham- und Sittlichkeitsgefühl von Hinz und Kunz und Schulze und Müller verletzen, aber weil es Kunst ist, kann es nicht unzüchtig sein. Diese Argumentation ist bei der zweiten Alternative erheblich erschwert".

Dieser kurze geschichtliche Überblick läßt in Umrissen die aus der Kollision von Kunst und Strafrecht resultierende Problematik erkennen. Besonders die zuletzt zitierten Ausführungen leiten uns zurück zum aktuellen Problem der Arbeit: der Möglichkeit der Unterordnung künstlerischer Äußerungen unter das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig".

§ 4

Begriffsbestimmung des "Unzüchtigen" in § 184 StGB

Bevor die Möglichkeiten der Unterordnung künstlerischer Werke unter das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" untersucht werden, müssen die zum Verständnis dieser eigentlichen Thematik notwendigen Voraussetzungen dargelegt werden, die - um die Problematik nicht zu verwirren - gleichsam vor die Klammer gezogen werden sollen. Schon wenn es sich nicht um Kunstwerke handelt, stehen nämlich der Beantwortung der Frage nach der Unzüchtigkeit einer Schrift, Abbildung oder Darstellung Schwierigkeiten entgegen. Deshalb bedarf es zunächst einmal allgemein der Klarstellung des vieldeutigen Tatumstands "unzüchtig". Dabei werden die Stellung von § 184 StGB im Gefüge der übrigen Sittlichkeitsdelikte, das von dieser Vorschrift geschützte Rechtsgut und vor allem jene außer-rechtlichen Verhaltensmaßstäbe zu berücksichtigen sein, aufdie das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" zu seiner Ausfüllung offensichtlich verweist. Sodann ist es erforderlich, die mannigfachen Lebenssachverhalte dem so präzisierten Begriff unterzuordnen. Erst danach wird auf die in der Ausgangsfrage enthaltene besondere Problematik der Subsumtion von Kunstwerken eingegangen werden können.

A. Klarstellung des Begriffs "unzüchtig"

Zunächst also bedarf es der Klarstellung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig". Die Geschichte der Gesetzgebung hat deutlich gemacht, daß die Verfasser des Strafgesetzbuches und der voraufgegangenen Kodifikationen diesen Begriff weder zu definieren noch einigermaßen scharf zu umschreiben vermochten.

I. Beispiele von Erklärungsversuchen

1. Schon im Jahre 1688 versuchte Johannes David Schreber aus Leipzig in seiner Dissertation mit dem Titel: "De libris obscoenis" eine Definition des Unzüchtigen. So seien alle Schriften zu nennen, "deren Verfasser sich in deutlich unzüchtigen Reden ergehen und frech über die Geschlechtsteile sprechen oder schamlose Akte wollüstiger und unreiner Menschen in solchen Worten schildern, daß keusche und zarte Ohren davor zurückschrecken."[1] Dieser Versuch einer Begriffsbestimmung nimmt inhaltlich das vorweg, worin die folgenden Jahrhunderte hindurch bis heute das Wesen des Unzüchtigen gesehen wurde, kann wegen seiner vagen Allgemeinheit jedoch nicht als Grundlage zur Auffindung des Gesuchten dienen.

2. Bei der Suche nach dem Inhalt des "Unzüchtigen" in § 184 StGB führt es nicht weiter, den sachlichen Gehalt dadurch bestimmen zu wollen, daß synonyme Begriffe wie obszön, unsittlich, anstößig, lasziv oder gemein an die Stelle des Tatumstandes "unzüchtig" gesetzt werden. Ernst und Seagle stellten in ihrem Buch "To The Pure" fest, daß sich nicht zwei Menschen über deren Definition einigen können[2]. Und D.H. Lawrence hatte wahrscheinlich recht, als er sagte, daß niemand wisse, was das Wort "obszön" bedeute[2]. - Der Versuch, die Unbekannte "unzüchtig" durch eine Reihe von weiteren Unbekannten zu erklären, führt daher nur zu immer größeren Unklarheiten, niemals aber zu einer befriedigenden Eingrenzung des Gesuchten.

---

1) Zitiert nach Marcuse: Obszön-Geschichte einer Entrüstung, S. 20

2) Zitiert nach H.Miller:Von der Unmoral der Moral,S. 59

II. Ausgangspunkt: Umschreibung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" durch heutige Lehre und Rechtsprechung

Unzüchtig - so sagen Rechtsprechung und Lehre heute[1] - ist eine Schrift usw., wenn sie geeignet ist, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl des normal empfindenden Menschen in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen. Diese Umschreibung entspricht inhaltlich etwa der, die auch der Gesetzgeber verschiedentlich an die Stelle des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" zu setzen versuchte. Sie ist jedoch nicht das, wofür sie auf den ersten Blick gehalten werden könnte: eine Definition des Unzüchtigen; denn sie besagt nicht, worin das Unzüchtige inhaltlich besteht, sondern deutet nur an, was es bewirkt, welche Folgen es bei einer gewissen Gruppe von Menschen auszulösen vermag.

Wir müssen also versuchen, die Realitäten aufzuzeigen, die sich hinter der Umschreibung verbergen.

1. Der Begriff des Unzüchtigen in § 184 StGB kann nur aus dem Gesamtzusammenhang der Sittlichkeitsdelikte verstanden werden[2]. Deren Tatbestände betreffen Handlungen und Äußerungen geschlechtlicher Art, wobei es nicht notwendig ist, daß der Täter selbst derartige Handlungen vornimmt. In einigen Tatbeständen unterstützt er vielmehr fremdes Tun und nutzt es zu seinem Vorteil aus - so bei der Kuppelei und Zuhälterei. Allen ist jedoch eine Beziehung zum Geschlechtlichen gemeinsam. Ob den Tatbestandsmerkmalen "Unzucht" im Sinne einer Handlung und "unzüchtig" als Beschreibung der Eigenschaft eines Gegenstandes innerhalb des strafrechtlichen Gesamtbereiches wegen dieser Unterschiedlichkeit im Einzelfall wesensverschiedene Bedeutung zukommt, braucht hier nicht untersucht zu werden. Aus der Einheit der Sittlichkeitsdelikte ist jedenfalls zunächst allgemein zu folgern, daß auch das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" in § 184 StGB nur solche Abbildungen und Schriften zum Gegenstand hat, die eine Beziehung zum Geschlechtlichen aufweisen.

---

1) Statt vieler: Mezger LK § 184 Anm. 3; RG 56,176
2) Peters: "Der Begriff des Unzüchtigen in § 184 StGB", in JR 50,

2. Einen näheren Hinweis auf das Rechtsgut, das gegen einen Angriff geschützt werden soll, gibt die erwähnte Umschreibung jenes Tatbestandsmerkmales. Durch die gleichzeitige Nennung des "Scham- und Sittlichkeitsgefühles" bleibt allerdings unklar, ob es sich dabei um die doppelte Bestimmung eines einzigen Gegenstandes oder um eine Unterscheidung zwischen zwei Angriffsobjekten handelt. Außerdem erscheinen beide Begriffe nicht minder klärungsbedürftig als das Wort "unzüchtig" selbst.

a) Das Schamempfinden ist eine psychologisch beschreibbare Reaktion, ein Erregungszustand, verbunden mit physischen Symptomen[1]. Die Gründe können vielerlei Art sein und sowohl im sexuellen als auch im außersexuellen Bereich wurzeln, so daß es eine zwingende Verbindung zwischen Scham und Sexualität nicht gibt.

Wird der Zustand der Scham in der Regel durch das Offenbarwerden eigenen Handelns hervorgerufen, so gibt es Fälle, in denen das Schamgefühl durch das Handeln Dritter erregt wird. Hier allerdings besteht eine enge Verbindung zwischen Scham- und Sexualität: im Gegensatz zum Schamempfinden über eigenes Handeln hat die Erregung des Schamgefühls durch fremdes Tun allein - läßt man die sogenannten skatologischen Vorgänge außer Betracht - in sexuellen Konfrontationen ihren Grund. Diese Besonderheit ist darauf zurückzuführen, daß der Betrachter in der Handlung des Dritten sein spezifisch menschliches Sein ausgedrückt sieht, Dinge bloßgestellt findet, die ebenso zu seinem, des Beschauers, Dasein gehören und die er selbst ängstlich zu verbergen sucht. Durch das fremde Tun wird die Geschlechtlichkeit aus der Sphäre ihrer natürlichen Zurückgezogenheit herausgerissen; der Leser oder Betrachter von Schriften oder Abbildungen erotischen Inhalts fühlt sich entlarvt - er reagiert mit Schamgefühlen.

b) Daneben enthält die als Ausgangspunkt angenommene Umschreibung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" den weiteren Begriff "Sittlichkeitsgefühl". Ob diesem die Bedeutung eines

---

1) Jäger: Strafgesetzgebung ... S. 97

zusätzlichen oder gleichberechtigt neben dem Schamgefühl stehe den Schutzgutes zukommen kann, erscheint zweifelhaft. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, müßte das Merkmal "Sittlichkeitsgefühl" den schon im Zusammenhang mit dem Schamgefühl umschriebenen Bereich der Empfindungen umfassen, der als geschützt angesehen wurde. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Wortverbindung von "Sittlichkeit" und "Gefühl" berücksichtigt nicht, daß in dem Begriff "Sittlichkeit" ein erkenntnismäßiges Moment vorherrscht. Die Abgrenzung von "sittlich" und "unsittlich" beruht auf rationalkritischen Erwägungen; ob einem Werk das eine oder andere Attribut zukommt, wird nicht "erfühlt" oder "erahnt", sondern erkannt. Da intellektuelle Vorstellungen nicht Gegenstand einer Verletzung sein können, bewirkt ein Angriff auf die Sittlichkeit auch keine Verletzung des darauf gerichteten Erkenntnisvermögens.

Demgegenüber ist das Schamgefühl ein Reflex der geschlechtlichen Sittlichkeit als einer Maxime des Verhaltens[1], als einer moralischen Norm in der Gefühlssphäre. Seine Erregung wird emotional, instinktiv gesteuert. Im Falle der Konfrontation mit einem Werk anstößigen Inhalts beantwortet der Intellekt die Frage nach der Unsittlichkeit; das Schamgefühl empfindet das Bild oder die Schrift als Verletzung.
Beide Begriffe sind also nicht identisch, wie die Zusammenziehung zu "Scham- und Sittlichkeitsgefühl" vermuten ließ. Ebensowenig handelt es sich um zwei verschiedene Angriffsobjekte, da dem "Sittlichkeitsgefühl" als erkenntnismäßigem Moment die Verletzungsfähigkeit fehlt.

c) Da § 184 StGB sich in dem Teilabschnitt des Strafgesetzbuches findet, der mit "Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit" umschrieben ist, könnte daran gedacht wer-

---

1) Oetker: Der strafrechtliche Schutz des Schamgefühls, in: Das Recht 1912, Spalte 12

den, die Sittlichkeit[1] als in unserer Vorschrift geschütztes Gut anzusehen. Diese einheitliche Gesetzüberschrift ist jedoch noch keine Begründung für die Annahme, in allen Tatbeständen dieses Abschnitts werde die geschlechtliche Sittlichkeit geschützt. Vielmehr ist Rechtsgut ein jeweils konkreteres Schutzobjekt: die freie Selbstbestimmung, der Schutz der Jugend usw.. Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, wollten wir uns hier auf eine Auseinandersetzung mit der Rechtsgüterlehre einlassen. Versteht man unter dem Begriff des Rechtsguts abgrenzbare, in der Außenwelt verwirklichte und durch äußeres Handeln zu beeinträchtigende werthafte Zustände wie Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit der Willensbildung und ähnliches, so kann es sich bei Begriffen wie dem der Sittlichkeit, des Gemeinwohls, des Volksempfindens, denen eine derart anschaulich-greifbare Zuständigkeit nicht eigen ist, nicht um Rechtsgüter im angedeuteten Sinne handeln[2].

Damit kann also weder die Sittlichkeit schlechthin Rechtsgut sein, noch können es - wie der Bundesgerichtshof formulierte[3] - die "Begriffe von Sitte und Anstand". Schutzobjekt ist allein das Schamgefühl[4] (der Bundesgerichtshof spricht an der genannten Stelle gleichbedeutend von "Scham") in geschlechtlicher Hinsicht als Reflex der Sittlichkeit in der Gefühlssphäre.

---

1) Jäger (a.a.O. S. 29) erinnert mit Recht an den Degenerationsprozeß, den der Begriff "Sittlichkeit" bei uns durchgemacht hat. Sind doch Raub, Mord, Körperverletzung, Diebstahl nicht weniger unsittlich als Verstöße im sexuellen Bereich. Es ist für uns jedoch selbstverständlich, Begriffe wie "unsittlich" und "unmoralisch" auf sexuelle Inhalte bezogen zu verstehen. Das spiegelt sich in dem Sinnzusammenhang wider, in dem Begriffe wie Sittlichkeitsverbrecher, Sittenpolizei, Sittenroman usw. gebraucht werden.

2) Roxin: Täterschaft und Tatherrschaft, S. 413

3) BGH 3, 297

4) Es kann hier nicht auf die Frage eingegangen werden, ob nicht vielleicht das Prinzip des Rechtsgüterschutzes überspannt wird, wenn man bloße Gefühlszustände in den Bereich der Schutzobjekte einbezieht.

3. Damit ist bestätigt worden, was schon die das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" umschreibende Formel, von der ausgegangen wurde, zum Ausdruck brachte. Die Feststellung, daß § 184 StGB den Schutz des Schamgefühls vor Einwirkungen von außen bezweckt, bringt uns jedoch in dieser allgemeinen Form dem Ziel, aufzuhellen, was sich hinter dem Begriff "unzüchtig" verbirgt, noch nicht wesentlich näher. Denn d a s Schamgefühl als ein bei einer Mehrheit von Menschen absolut übereinstimmendes Empfinden gibt es nicht. Die emotionale Reaktion jedes einzelnen bleibt - trotz aller nivellierenden Einwirkungen, denen die Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit ausgesetzt ist - letztlich von seiner persönlichen Disposition abhängig. Doch wird der Spielraum des individuellen Reagierens auf sexuelle Anstöße von außen durch noch näher zu kennzeichnende Einwirkungen jedenfalls eingeschränkt. Da das Schamgefühl als Reflex der Sittlichkeit in der emotionalen Sphäre angesehen wurde, die Spannweite der Gefühlsreaktionen also von der Differenziertheit der sittlichen Anschauungen in der Gesellschaft abhängt, bedarf es kurz der Darlegung jener die sittlichen Anschauungen jedes einzelnen prägenden Einflüsse.

a) Seine geschlechtliche Sittlichkeit ist weitgehend abhängig von den jeweils herrschenden Anschauungen, die wir - als Gesamterscheinung - Sexualmoral nennen. Diese wiederum ist ein Ausschnitt der allgemeinen sozialen Moral, die als Inbegriff der sittlichen Verhaltensanforderungen verstanden wird, die von der Gesellschaft an ihre Mitglieder gestellt werden[1]. Die allgemeine soziale Moral setzt die Vorstellung voraus, daß innerhalb der durch eine umfassende Lebensordnung zusammengeschlossenen menschlichen Gruppe ein Grundbestand gemeinsamer Anschauungen hinsichtlich des sittlich Guten besteht, Anschauungen, die ein in der Gruppe übereinstimmendes und sie beherrschendes sittliches Werten und Beurteilen zum Ausdruck bringen. Das im sozialen Kontakt und Verkehr geprägte und vorherrschende sittliche Werten äußert sich in entsprechenden

1) Die Ausführungen zur Sozial (Sexual-)Moral folgen Henkel: Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 133

Verhaltenserwartungen; die Gemeinschaft fordert von jedem Mitglied Anpassung und Konformität des Verhaltens. So bilden sich für einzelne Lebensbereiche Verhaltensmodelle, die durch Gewöhnung und Anerkennung allgemeine Gültigkeit erlangen. In der Regel geht es darum, was "man" als Mitglied der Gemeinschaft in moralischer Hinsicht zu tun und zu lassen hat und in welchen Grenzen ein bestimmtes Verhalten erlaubt ist. Der Inbegriff der für den sexuellen Umgang der Geschlechter herausgeformten Verhaltensmodelle ist die Sexualmoral. Ihre Besonderheit liegt darin, wie Jäger treffend bemerkt[1], daß sie ein Gemisch von Ordnungsvorstellungen bildet, die auf Tabus, Gewohnheiten, Konventionen, religiöse Gebote, aber auch auf dunkle, tiefenpsychologisch zu deutende Triebhaftigkeiten zurückgehen und nur zum Teil mit sittlichen Wertungen durchsetzt sind. Durch die Sexualmoral sollen nicht so sehr im einzelnen die Kräfte zum Sittlichen aufgerufen, als in ihm die Neigung zum geschlechtlich Anstößigen bekämpft werden. Gefragt wird nicht nach der inneren Resonanz der sittlichen Normen; sittliches Verhalten - i.S. der Sexualmoral - bedeutet nur, daß gewisse Handlungen zu unterbleiben haben, ohne Rücksicht darauf, ob dahinter die innere Identifizierung mit der Norm steht[2],

Immerhin bilden sich jedoch auf die geschilderte Weise konforme Anschauungen hinsichtlich der geschlechtlichen Sittlichkeit heraus, die - entsprechend dem geschilderten Abhängigkeitsverhältnis zwischen Sittlichkeit und Schamgefühl - weitgehend konforme emotionale Reaktionen bedingen. Das Rechtsgut "Schamgefühl" - diese allgemeine Feststellung genügt vorerst - ist demnach keineswegs ein so wenig faßbarer Begriff, wie es anfänglich den Anschein hatte.

Die durch den sozialen Druck geformten eng umgrenzten Verhaltensmodelle und Anschauungen im sexuellen Bereich, die das allgemeine sexuelle Schamgefühl zu einer konkretisierbaren Größe werden lassen, haben nicht ein für allemal Geltung.

---

1) Jäger a.a.O. S. 32

2) Henkel a.a.O. S. 145

Da die geforderten Verhaltensweisen untrennbar mit der Gruppe verbunden sind, sind sie damit deren geschichtlichem Schicksal, dem Wandel in der Zeit, ausgeliefert. Wir sind selbst Zeugen einer tiefgreifenden Veränderung der Sexualmoral, die sich nach dem letzten Kriege anbahnte und noch nicht abgeschlossen ist. Sicherlich kann von einer Stagnation, dem Beharren auf dem einmal erreichten Entwicklungsstand, nie die Rede sein. Umwälzungen in allen Lebensbereichen, wie sie die Nachkriegszeit mit sich brachte, müssen den Entwicklungsprozeß - Evolution oder Revolution? - jedoch notwendig beschleunigen.

c) Welcher Art diese Veränderungen im einzelnen sind, braucht hier nicht erörtert zu werden; die Frage ist nun, wie weit sie grundsätzlich für das Recht, speziell für § 184 StGB, erheblich sind. Bei der geschilderten Abhängigkeit des Schamgefühls von der geschlechtlichen Sittlichkeit ändert sich notwendig mit den normbildenden Faktoren auch die Grenze, von der ab sexuelle Darstellungen als verletzend empfunden werden. Diesen sich ändernden Anschauungen und damit den andersartigen Empfindungsreaktionen wird von vornherein Rechnung getragen, wenn das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" dahin umschrieben wird, daß dieses Attribut solchen Abbildungen, Darstellungen und Schriften zukommt, die geeignet sind, das Schamgefühl in geschlechtlicher Hinsicht zu verletzen. Damit ist die Auslegung nicht auf eine bestimmte unabänderliche Sittlichkeit fixiert. Der Bereich der als "unzüchtig" zu qualifizierenden Veröffentlichungen müßte demnach Schwankungen unterworfen sein. Ob diese Folge jedoch dogmatisch haltbar ist, ob das Gesetz nicht vielmehr fordert, die Umschreibung so zu fassen, daß - unabhängig von den sich wandelnden sexualmoralischen Vorstellungen - der Bereich des "Unzüchtigen" in § 184 StGB ein für allemal festliegt, ist im folgenden als nächstes zu untersuchen. Verlangten rechtsdogmatische Erwägungen apodiktisch eine feststehende, von Raum und Zeit unabhängige Auslegung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig", so wäre es kaum möglich, im Hinblick auf Kunstwerke allein wegen ihres kulturellen Wertes zu einer modifizierten Interpretation zu kommen.

Die Entscheidung der aufgeworfenen Frage ist davon abhängig, auf welchen der von Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedenen Bereiche der Sittlichkeit der in Rede stehende Tatumstand verweist.

aa) Das Strafgesetz enthält unbestimmte, normausfüllungsbedürftige Begriffe, die eine stillschweigende Verweisung auf außerrechtliche Verhaltensmaßstäbe enthalten[1]. Das hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich des in §§ 180 und 181 StGB enthaltenen Begriffs "Unzucht" ausgesprochen:"Indem die Kuppeleitatbestände von Unzucht sprechen, verweisen sie auf einen außerrechtlichen Maßstab, auf eine den Bereich des bloß Rechtlichen überschreitende Norm"[2].

"Unzucht" und "unzüchtige Handlung" sind gleichbedeutende Begriffe[3] - mögen sie in den einzelnen Tatbeständen auch noch gewisse Modifikationen erfahren - und werden in Beziehung auf eine menschliche Handlung verwendet, die vom Gesetzgeber so weit konkretisiert wurde, daß die Hindeutung auf das Sexuelle erkennbar ist. Die Normen, auf die diese Tatbestandsmerkmale verweisen, sind somit solche des Verhaltens. Demgegenüber ist in § 184 StGB das Merkmal "unzüchtig" mit einer Sache verbunden, deren Eigenschaft gekennzeichnet wird. Wie bei den erstgenannten Begriffen hat das Gesetz auch hier gerade angesichts der unübersehbaren Vielfalt der denkbaren Einzelfälle auf eine abschließende Unrechtsbeschreibung verzichtet. An ihre Stelle tritt der Hinweis auf außerrechtliche Maßstäbe, die der Richter zur Ergänzung des rudimentären gesetzlichen Tatbestandes heranzuziehen hat. Der genannte Unterschied ändert also nichts daran, daß das Gesetz auch im Falle des § 184 StGB seine eigene Wertung von einer außerrechtlichen Bewertung abhängig

---

1) Schaffstein: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum,in Göttinger Festschrift für OLG Celle S. 175 ff,spricht von Begriffen, "bei denen das Gesetz seine eigene Wertung von einer ethischen Wertung abhängig macht."

2) BGH 6, 46 (53) - zur umstrittenen Frage,ob der Geschlechtsverkehr Verlobter stets als Unzucht i.S.der Kuppeleitatbestände anzusehen ist.

3) Schönke-Schröder: Vorbem. 3 vor § 173; Mezger LK Vorbem. 2 b vor § 173

macht, so daß der Begriff "unzüchtig" ebenso wie der der "Unzucht" behandelt werden muß.

bb) Kehren wir nunmehr zu der Frage zurück, auf welche der Bereiche der Sittlichkeit verwiesen wird. Es sollen im Anschluß an Henkel[1] drei voneinander abweichende Sphären der Sittlichkeit unterschieden werden, die in einem unterschiedlichen Verhältnis zum Recht stehen: die autonome Sittlichkeit, die Hochethik der religiösen und weltanschaulichen Systeme, die einfache Sittlichkeit der Sozialmoral.

Die autonome Sittlichkeit geht von der Idee des Guten als eines in sich Wertvollen und deshalb zu Verwirklichenden aus. Sittliches Handeln ist dasjenige Verhalten, das auf das Gute um seiner selbst willen gerichtet ist. Autonome Sittlichkeit bedeutet ein reines Sein-sollen, ein ideales Sein, das keine Realität in einer geltenden Verhaltensordnung aufweisen kann; eine absolute, von Zeit und Raum unabhängige Ordnung der sittlichen Werte. Zentrum der autonomen Sittlichkeit, aus dem sich die Norm des Verhaltens bildet und das außerdem über ihre Erfüllung oder Nichterfüllung als Urteilsinstanz befindet ist das Gewissen des einzelnen.

Von der autonomen Sittlichkeit unterscheiden sich die Systeme der religiösen und profanen Hochethik darin, daß sie nicht nur für das sittliche Verhalten ihres Normgebers persönlich, sondern auch für eine Vielheit, für alle Menschen verbindlich sein wollen. Sie unterwerfen sich keinen räumlichen und zeitlichen Grenzen oder Bindungen, sondern erheben einen absoluten Geltungsanspruch. Dem Anhänger der Lehre wird ein Inbegriff sittlicher Verhaltensmaßregeln dargeboten, denen er sich jedoch freiwillig unterwirft und deren Erfüllung seiner eigenen Entscheidung überlassen ist.

Der dritte Bereich der Sittlichkeit, die Normenordnung der Sozialmoral, wurde schon umrissen (vgl. 3 a).

---

1) Henkel a.a.O. S. 128 ff

aaa) Hinsichtlich der Verweisung der bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln auf die "guten Sitten" und "Treu und Glauben" im rechtsgeschäftlichen Verkehr geht die allgemeine Meinung dahin, daß diese Klauseln nicht auf die geläuterten sittlichen Anschauungen einer Hochethik verweisen, sondern auf die in der Gesellschaft herrschende Moral. Das ergibt sich aus Formulierungen wie: "in der Gegenwart anerkannten und geübten Moral des Volkes", "im Volk lebende Regel des Sittengesetzes" und "der den Verkehr beherrschenden tatsächlichen Übung"[1].

bbb) Der Bundesgerichtshof geht in der schon erwähnten Kuppelei-Entscheidung einen anderen Weg. Die Heranziehung der sozialen Wirklichkeit als Richtschnur für eine sittliche Bewertung wird als "inhaltsloser, zerstörerischer Relativismus" bezeichnet. Weiter wird dort ausgeführt: "Normen des Sittengesetzes gelten aus sich selbst heraus; ihre (starke) Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollensätze; sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen, oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deshalb ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln". Daraus ergibt sich: Der außerstrafrechtliche Normenkreis, an dem das als Unzucht i.S. der §§ 180, 181 StGB zu bewertende Verhalten zu messen ist, wird von den Normen des absoluten Sittengesetzes gebildet. Sie leiten ihre ausnahmslose Verbindlichkeit aus der "vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte" her.

ccc) Haben diese Grundsätze auch Geltung für die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals "unzüchtig" in § 184 StGB? Daß gewisse Unterschiede zwischen diesem Begriff und dem Merkmal "Unzucht" in § 180 StGB dem nicht entgegenstehen, wurde schon ausgeführt (vgl. aa).

---

1) Staudinger-Weber II, Teil 1 b Anm. 133

Auch der Bundesgerichtshof[1] geht von der eingangs erwähnte Umschreibung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" aus, die lautet: Unzüchtig ist eine Schrift usw., wenn sie geeignet ist das Schamgefühl des normal empfindenden Menschen in geschlechtlicher Hinsicht zu verletzen. Die in dieser Formel enthaltene Wendung vom "Normalmenschen" weist aber, wenn man sich an der Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Verweisungen orientiert (vgl. aaa), nicht auf ein absolutes Sittengesetz, sondern auf die in der Gesellschaft gegenwärtig herrschende Moral hin.

Die Beantwortung dieser Frage hängt letztlich davon ab, in welchem Sinne die Rechtsprechung den Begriff des "Normalmenschen" verstanden wissen will, werden doch im täglichen Leben mehrere voneinander abweichende Begriffe der Normalität verwendet. Die Formel kann einmal auf einen bloß statistischen Durchschnitt hinweisen, zum anderen aber auf eine ideale Norm, verstanden als Zustand der Vollkommenheit, dessen Erreichung als wünschenswert betrachtet wird. Bezogen auf die Erscheinungen und das Verhalten des Individuums kommt ihm ein Aufforderungscharakter zu[2]. Die ideale Norm sagt nichts über die Häufigkeit der Realisierung eines Verhaltens oder Zustandes aus, sondern kommt im Ergebnis etwa der "absoluten Sittlichkeit" im obigen Sinne nahe. Würde der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen zu § 184 StGB dem Begriff des "Normalmenschen" diesen Inhalt geben, so bedeutete das - nicht anders als im Kuppeleibeschluß - die Ausfüllung des auf einen außerrechtlichen Maßstab verweisenden Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" durch Normen eines absoluten Sittengesetzes.

---

1) BGH 3, 297 = BGH NJW 1953, 114

2) Hofstätter: Psychologie S. 217. Zwischen den beiden genannten Begriffen der "Normalität" liegen weitere Zwischenstufen, die aber hier nicht interessieren. So differenziert Jäger a.a.O. S. 102 noch nach der Normalität als "realer Erscheinung" und als "das Allgemeine".

Das Gericht führt zu dieser Vorschrift jedoch aus[1]: "§ 184 StGB bezweckt, die im Volk allgemein bestehenden Begriffe von Scham, Sitte und Anstand in geschlechtlichen Dingen gegen Angriffe einzelner zu schützen. Da es sich hierbei um ein Gut handelt, das dem ganzen Volke eigen ist, muß das Durchschnittsempfinden der Gesamtheit als Gegenstand des Schutzes angesehen werden und deshalb auch darüber entscheiden, was in geschlechtlicher Hinsicht gegen Zucht und Sitte verstößt". Weiter heißt es: "... der richtige Maßstab für die Beurteilung der Frage, was der allgemeinen Zucht und Sitte entspricht, kann nur die Anschauung des normalen, gesunden Menschen sein".

Durch den Hinweis auf die bestehenden Begriffe von Scham, Sitte und Anstand, nicht etwa auf die bestehen-sollenden, wird eindeutig klargestellt, daß die "Normalität" nicht im Sinne eines anzustrebenden idealen Zustandes verstanden wird. Das folgt gleichfalls aus dem synonymen Gebrauch von "normal" und "durchschnittlich", wobei man allerdings nicht dem Irrtum verfallen darf, "durchschnittlich" im Sinne einer statistischen Ermittlung eines Durchschnittswertes innerhalb der Gesamtbreite der vertretenen Anschauungen aufzufassen. Darüber später (vgl. III 4).

cc) Wir stehen also vor dem Ergebnis, daß zwei gleichermaßen auf die Ausfüllung durch außerrechtliche Maßstäbe angewiesene, eng verwandte Tatbestandsmerkmale ihren Inhalt einmal (Unzucht) aus den Normen einer absoluten Sittlichkeit, ein andermal (unzüchtig) aus der herrschenden Sozialmoral erhalten.

Gegen die Integration von Maßstäben einer absoluten Sittlichkeit führt Henkel[2] überzeugend aus: "Wir machen in diesem Integrationsverfahren die sittliche Norm innerhalb einer Rechtsnorm zu deren Bestandteil, der für die Begründung von Unrecht konstituierend mitwirkt. Dies aber ist nur angängig,

---

1) BGH 3, 297. Daß - entgegen den Ausführungen des BGH - als Rechtsgut nicht die "Begriffe von Scham, Sitte und Anstand" angesehen werden können, sondern daß Schutzobjekt in § 184 das Schamgefühl in geschlechtlicher Hinsicht ist, wurde schon ausgeführt (vgl. 2 c).

2) a.a.O. S. 151

wenn der auf diese Weise eingefügte Normgehalt die strukturell Voraussetzungen dafür erfüllt, Rechtsbestandsteil zu werden. Dazu gehört ... das Getragensein durch den Gemeingeist der Sozietät, die Übereinstimmung mit den in ihr herrschenden Anschauungen und Willensbestrebungen, infolgedessen auch die Eignung, für allgemeinverbindlich erklärt und unter den Rechtszwang gestellt zu werden. Alle diese Voraussetzungen fehlen aber den Normgehalten der Hochethik als solchen, mögen sie nun aus persönlichen Gewissensentscheidungen oder aus Ordnungsgefühlen der religiösen oder profanen Hochethik herkommen".

Diese den genannten Bereichen abzusprechenden Voraussetzungen werden durch die Normen der Sozialmoral erfüllt[1]. Dabei kann es sich selbstverständlich nicht um eine mit Tabus und Affekten beladene handeln, wie sie oben dargestellt wurde. Maßstab für den Begriff des "Unzüchtigen" in § 184 StGB ist vielmehr diejenige Beurteilung, die von sittlich verantwortlich denkenden Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft zu erwarten ist.

dd) Die Integration von Richtlinien der Sozialmoral in den Tatbestand von § 184 StGB hat also zur Folge, daß Wandlungen in den Anschauungen zu berücksichtigen sind. Allerdings bestehen Schwierigkeiten in der Konkretisierung des Urteils in bezug auf den einzelnen Fall. Der Grad dieser Schwierigkeit hängt von der Festigkeit und Erkennbarkeit des Normenbestandes der Sozialmoral ab[2]. In einer Zeit tiefgreifender Wandlungen der sexualmoralischen Vorstellungen - das gilt besonders für unsere eigene Epoche - wird auch die Rechtsprechung durch Unsicherheit gekennzeichnet sein. Es erscheint daher angebracht, eine allzu nachgiebige Anpassung der Rechtsprechung an das faktisch geübte Verhalten zu vermeiden. Das Recht wird immer zeitlich hinter neuen Gepflogenheiten zurückstehen müssen, um abzuwarten, ob sie sich festigen und für eine gewisse Dauer im allgemeinen Bewußtsein verankert werden. Nur so kann die Gefahr eines "inhaltsleeren Relativismus" vermieden werden.

1) Zum gleichen Ergebnis kommt auch Schröder (Schönke-Schröder § 184 Anm. 5) mit der lapidaren und unzureichenden Begründung, daß es sich bei der Unzüchtigkeit einer Schrift usw.

Auf der anderen Seite ist es nicht Aufgabe des Rechts, bestimmte moralische Anschauungen zu zementieren oder gar zu versuchen, das Niveau der in der Gemeinschaft herrschenden Vorstellungen zu heben. "In jeder Tendenz zur Einebnung von Sitte, Moral und Recht zu einem starren System konformen Wertens wie in dem Versuch, die Moral zu einer Angelegenheit des Staates und der Gesellschaftsordnung zu machen, sie zu zentralisieren, zu lenken, zu kontrollieren, sie sogar einer Art von Vollstreckung zu unterwerfen, muß der entsittlichende Zug totalitären Denkens aufgedeckt werden, als dessen typischen Ausdruck man Hitlers Erklärung aus dem Jahre 1935 betrachten kann, der totale Staat werde keinen Unterschied zwischen Recht und Moral dulden"[1)]

Irrig wäre auch die Ansicht, ein Wandel könne immer nur auf die Zersetzung sittlicher Werte hinauslaufen. Die sexualmoralischen Wertvorstellungen sind relativ: es gibt kein einheitliches Sittengesetz für alle Zeiten, alle Kulturen und Völker; selbst innerhalb einzelner Epochen sind Unterschiede erkennbar. Die gegenteilige Ansicht führte zu dem Ergebnis, daß andere Völker und Kulturen, ja selbst unsere Vorfahren vergangener geschichtlicher Epochen moralische Irrwege gegangen wären.

III. Der Personenkreis, dessen Empfinden über die Schamverletzung entscheidet

Wurde die Formel vom Normalmenschen bisher nur herangezogen, um darzulegen, daß das Merkmal "unzüchtig" zur Normausfüllung auf die herrschende Sexualmoral verweist, so geht aus jener Verweisung noch nicht hervor, wessen Schamgefühl entscheiden soll.

Fortsetzung der Anm. 1 und 2 von Seite 38:

um ein normatives Tatbestandsmerkmal handele, so daß der Richter seine Wertung auf die heute herrschenden kulturellen Anschauungen zu gründen habe.

2) Henkel a.a.O. S. 150

- - - - - - - -

1) Jäger a.a.O. S. 35/36

1. Das Schamgefühl verschiedener Menschen reagiert - um nur einige Differenzierungen anzudeuten - je nach der augenblicklichen Disposition, nach Interesse, Bildung, Alter oder etwa der Zugehörigkeit zu einem der beiden Geschlechter auf gleiche Anstöße unterschiedlich, ohne daß gesagt werden könnte, die Reaktion des einen oder anderen basiere nicht mehr auf der herrschenden Sexualmoral im dargestellten Sinn. Solange daher nicht festgestellt ist, wessen Schamgefühl über die Verletzung entscheiden soll, ist mit einer das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" umschreibenden Formel nichts gewonnen.

2. Um extreme Überempfindlichkeiten ebenso wie Abgestumpftheit auszuschließen, um die bloß subjektive Gefühlsverletzung objektivierbar zu machen, entschloß man sich, von mittleren Eigenschaften[1], von einer "Mittellinie, die nicht näher gekennzeichnet werden kann"[2], auszugehen. So entstand die Formel vom "Normalmenschen", die in den verschiedensten Variationen auftaucht: "Scham- und Sittlichkeitsgefühl des normal empfindenden Menschen in geschlechtlicher Hinsicht"[3], "Schamgefühl des unbefangenen Dritten"[4], "durchschnittlich maßgebendes (normales) sexuelles Schamgefühl"[5], "gesundes Durchschnittsempfinden der Gesamtheit"[6], "im Volke allgemein bestehende Begriffe von Scham, Sitte und Anstand"[7], "Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit"[8], "Durchschnittsempfinden der Gesamtheit"[9].

Damit sind sicherlich extreme Standpunkte wie "prüde" auf der einen und "verdorben" auf der anderen Seite ausgeschaltet.

---

1) Lazarus a.a.O. S. 105
2) RG 32, 420
3) Mezger LK § 184 Anm. 3
4) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 1 A
5) Welzel Lehrbuch S. 402
6) Kohlrausch-Lange § 184 III
7) RG 32, 419
8) RG 68, 193; BGH 4, 304
9) BGH 3, 295 = NJW 1953, 114

Gleichgültig ist, was einzelne Personen aus Mißverständnis aus einer Darstellung entnehmen oder in sie hineininterpretieren. Auch die Einstellung bestimmter Kreise, an die der Verfasser sich wendet, darf nicht zugrunde gelegt werden.[1] "Anomal" sind alle diejenigen, die dem zu beurteilenden Gegenstand von Berufs wegen oder aus besonderer Sachkunde ein außergewöhnliches Interesse entgegenbringen und daher keine Schamverletzung empfinden: "Je größer die Bildung, desto enger wird das Gebiet des Unzüchtigen"[2]. Auch soll es nicht nur auf die Gefühlsverletzung bei erwachsenen "Normalmenschen" ankommen, weil gerade der Untergrabung der Sittlichkeit der Jugend entgegenzuwirken sei[3]. Doch andererseits sei es "entschieden verfehlt, die leicht erregbare Phantasie einer unerfahrenen Schuljugend zum Maßstab des Scham- und Sittlichkeitsgefühls zu machen."[4]

Auf eine Formel gebracht: Der "Normalmensch" ist nicht Mann und nicht Frau, nicht Großstädter und nicht Bewohner eines entlegenen Gebirgsdorfes, nicht jung und nicht alt, gehört keiner Klasse und keiner Religionsgemeinschaft an, hat keine Weltanschauung, ist künstlerisch nicht sachkundig, aber auch nicht völlig ungebildet[5] - und was es an ähnlichen Differenzierungen mehr gibt. Er darf nichts von alledem sein und soll doch alles zugleich umfassen - eine Fiktion, ein "Homunculus der Jurisprudenz"[6]. Der Versuch eines Berliner Gerichts, im berühmten "Reigenprozeß" den "Normalmenschen" leibhaftig zu Gesicht zu bekommen, indem eine Reihe von Theaterbesuchern über ihre Eindrücke vernommen wurde, ergab - wie Jäger[7][8] es treffend formulierte - nicht viel anderes

1) BGH 3, 295 = NJW 1953, 114

2) Roth, Diss. S. 34

3) RG 33, 17

4) RG 31, 373

5) Buchholz: "Wann ist Kunst unzüchtig?" in Sexualität und Verbrechen, Fischer, S. 327

6) Jäger a.a.O. S. 103

7) Jäger a.a.O. S. 102

8) Vgl. auch die Auszüge aus den Prozeßprotokollen bei Buchholz a.a.O.S. 328f; "Akzente"Heft 3/1965 S. 211 ff

als ein "groteskes Gemisch von Prüderie, Kunstunverstand, Antisemitismus, politischer und persönlicher Ressentiments und einem starken, doch richtungslosen Bedürfnis, Anstoß zu nehmen gleichgültig, woran".

Da kein Individuum dem geschilderten Modell jemals entsprechen kann, ist es unmöglich, dem "Normalmenschen" zu begegnen. Er muß notwendig eine Fiktion bleiben[1]. Ausschlaggebend ist die Vorstellung, die der Richter von ihm und der Wirkung des zu begutachtenden Werkes auf ihn als gedachte Person hat. Die Entscheidung wird dabei häufig von den eigenen Anschauungen des Richters geprägt sein; denn wer wollte sich "Anomalitäten" dadurch attestieren, daß er sich nicht selbst zum Maßstab dafür nähme, ob eine Verletzung des Schamgefühles vorliegt?

3. Statt auf das Empfinden des "Normalmenschen" abzustellen, lassen Frank[2] und Dreher[3] das Gefühl des "unbefangenen Dritten" entscheidend sein. Wenn auch beide Maßstäbe Fiktionen sind, so müssen sie sich doch an der Wirklichkeit orientieren. Dabei kann der "Normalmensch", der ein Mittelmaß aller zur Beurteilung eines Werkes erforderlichen Eigenschaften verkörpert, die größere Lebensnähe für sich in Anspruch nehmen. Frank und Dreher gehen insofern von falschen Vorstellungen aus, als niemand gegenüber einem zu begutachtenden Werk als "unbefangen", das heißt gleichsam als eine neutrale Instanz angesehen werden kann. Jedermann ist auf Grund seiner Erziehung, Bildung, sozialen Zugehörigkeit usw. in irgendeiner Form in einer bestimmten Auffassung befangen. Wenn man besondere Kenntnisse im Hinblick auf den zu beurteilenden Gegenstand als verstärkte Form der Befangenheit ansehen will, die es auszuschalten gilt, so "kann man doch nicht umgekehrt folgern, daß der Unkundige eine neutrale Instanz sei", denn auch er ist in seiner Weise befangen und an Tabus

1) Das Verfahren, Zeugen darüber zu vernehmen, ob sie Anstoß genommen haben, ist deshalb nach Auffassung des BGH nicht angängig -BGH GA 1961, 241

2) Frank § 184 Anm. I

3) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 1 A

und Vorurteile gebunden[1]". Der "unbefangene Dritte" ist daher als Maßstab ungeeignet.

4. Verschiedentlich wird der Begriff des "Durchschnittsmenschen" (Durchschnittsempfinden der Gesamtheit) gebraucht[2], der stärker noch als der Normalitätsbegriff (vgl. II 3 c bb ccc) auf ein rechnerisch zu ermittelndes Maß hinzuweisen scheint. Jedoch ist ihm kein anderer Sinn beizumessen als dem Begriff des Normalen. Für beide Wendungen gilt gleichermaßen, daß die Ermittlung dessen, worauf sie verweisen, nicht auf einem Verfahren des Messens und Zählens, sondern des Wertens beruht. Es handelt sich inhaltlich um das gleiche, was mit "mittleren Eigenschaften" und "Mittellinie" bezeichnet wurde: nicht um die statistische Ermittlung eines Durchschnittsmaßes innerhalb der Gesamtbreite der in der Gemeinschaft auftretenden Reaktionen, sondern darum, daß - auf der Basis der sexualmoralischen Wertvorstellungen - von dem als übereinstimmend erwarteten Empfinden verantwortlich denkender Personen ausgegangen wird.

Daß auch Welzel "durchschnittlich" im Sinne einer Wertung verstanden wissen will, ergibt sich daraus, daß er dem "durchschnittlich maßgebenden sexuellen Schamgefühl" in Parenthese den Begriff "normal" zur Kennzeichnung hinzufügt.

IV. Weitere Präzisierung der als Ausgangspunkt benutzten umschreibenden Formel

Die bisherigen Ausführungen zu dem, was sich hinter der das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" umschreibenden Formel verbirgt, bedürfen in zweifacher Hinsicht der Ergänzung.

1. Die Feststellung, daß das Schutzobjekt von § 184 StGB durch Schriften, Abbildungen und Darstellungen sexuellen Inhalts verletzt wird, könnte deshalb als noch zu wenig be-

---

1) Jäger a.a.O. S. 103/104

2) z.B. BGH 3, 295 = NJW 1953, 114; Welzel S. 402

stimmt erscheinen, als daraus nicht hervorgeht, welche der sich zwischen den Extremen sinnlicher Aufreizung und Gefühlen des Abscheus und Ekels bewegenden Wirkungen davon erfaßt werden. Verschiedentlich hatten untere Gerichte allein auf die Eignung des Werkes zur Erregung geschlechtlicher Lüsternheit abgestellt Dem trat das Reichsgericht entschieden entgegen[1]. Für die strafrechtliche Wirkung gemäß § 184 StGB sei es ohne Belang, ob beispielsweise eine bildliche Darstellung geeignet sei, auf den Beschauer einen geschlechtlichen Reiz auszuüben. Ebenso sei für die Frage, ob ein Werk unzüchtigen Charakter habe, keinesfalls von ausschlaggebender Bedeutung, daß es den Leser oder Betrachter veranlassen könne, eine in geschlechtlicher Richtung gegen Zucht und Sitte verstoßende Handlung vorzunehmen: "Diese Folge kann, je nach dem sittlichen Empfinden und je nach der größeren oder geringeren sinnlichen Reizbarkeit des einzelnen Lesers (oder Betrachters) auch bei Schriften (oder Bildern) eintreten, die einen im Sinne dieser Vorschrift unzweifelhaft nicht unzüchtigen Inhalt haben. Nicht darauf kommt es an, ob ein Werk geeignet ist, die Lüsternheit anzureizen, sondern darauf, ob es geeignet ist, das Schamgefühl zu verletzen"[2]. Dieser Erfolg könne auch durch solche erotischen Werke verursacht werden, die durch den Gegenstand ihrer Darstellung in dem normalen Beschauer oder Leser Widerwillen oder Abscheu verursachten[3].

Gegenüber dem überwiegenden Teil des Schrifttums[4] ist allein Peters[5] der Ansicht, daß auch Äußerungen unzüchtig seien, "wenn die Darstellung eine solche ist, daß sie überhaupt geeignet ist, in dem, an den sie sich wendet, ein ge-

---

1) RG 31, 260; 47, 315 (316); 44, 178 (179); 61, 293 (296)

2) RG 44, 179; ebenso OLG Oldenburg JR 52, 113 (114)

3) RG 31, 261.- So auch das Schweizerische Bundesgericht BGE 83 IV 36 unter 6; 86 IV 19; 89 IV 197

4) Olshausen § 184 Anm. 2 b; Mezger LK § 184 Anm. 3; Schwarz-Dreher § 184 Anm. 1 A; Schönke-Schröder § 184 Anm. 4 (11.Auflage - unklar 12.Auflage)

5) Peters JR 50, 97 (98)

schlechtliches Begehren anzureizen;" diese Ansicht ist mit den von der Rechtsprechung angeführten Gründen abzulehnen.

2. Zu klären bleibt noch, ob für die rechtliche Erheblichkeit eines Angriffs gegen das Schamgefühl ein bestimmter Grad der Verletzung zu fordern ist.

a) So spricht sich der überwiegende Teil des Schrifttums für die Forderung nach einer gewissen Erheblichkeit des Verstoßes aus, was dadurch zum Ausdruck gebracht wird, daß die Verletzung "gröblich" sein müsse[1]. Dieser Terminus geht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück, das in einer Reihe von Entscheidungen die Unzüchtigkeit in § 184 StGB als eine gröbliche Verletzung bezeichnete[2]. Diese Kennzeichnung sei jedoch nicht gewählt worden - so die Begründung des entgegenstehenden reichsgerichtlichen Urteils vom 24.11.1899[3]-, um die Gröblichkeit der Verletzung des Schamgefühls als ein unerläßliches Kriterium anzusehen. Denn hätten die genannten Entscheidungen das gewollt, hätten sie sich ihrerseits mit voraufgegangenen anderslautenden Urteilen auseinandergesetzt.

Im Anschluß daran wenden sich dann auch Dannenbaum[4], Peters[5], und Dreher[6] ohne nähere Begründung gegen die Aufstellung des Erfordernisses der Gröblichkeit.

Die neuere Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit § 184 StGB zu diesem Problem noch nicht Stellung genommen. Dagegen hat das Schweizerische Bundesgericht zum Ausdruck gebracht, Schriften usw. seien nur dann unzüchtig, wenn sie "in nicht leicht zu nehmender Weise" gegen das geschlechtliche Sittlich-

---

1) Gerland S. 317; Liszt-Schmidt S. 558; Mezger LK § 184 Anm. 3; Mezger-Blei II S. 94; Schönke-Schröder § 184 Anm. 4

2) RG 4, 87; 8, 130; 27, 115

3) RG 32, 418

4) "Unzüchtige Abbildungen,Darstellungen und Schriften in der ges.Rechtsprechung des RG" ZStW 34, 814

5) JR 50, 98

6) Schwarz-Dreher § 184 Anm. 1 A

keitsgefühl verstießen[1].

b) Es ist von Rechtsprechung[2] und Schrifttum[3] anerkannt, daß im Rahmen der Sittlichkeitsdelikte nur erhebliche Verletzungen des Schamgefühls ein strafrechtliches Einschreiten rechtfertigen. Wird das auch ausdrücklich nur hinsichtlich der Merkmale "Unzucht" und "unzüchtige Handlung" hervorgehoben, so ist doch kein Grund ersichtlich, den Begriff "unzüchtig" in § 184 StGB davon auszunehmen. Es sollen also diejenigen Beeinträchtigungen aus dem Bereich des Strafbaren ausgeschlossen werden, die wegen ihrer Geringfügigkeit nur an der Schwelle des Unrechts stehen, ohne sie jedoch zu überschreiten. Aus dem Schweigen der neueren Rechtsprechung zu dieser Frage zu folgern, es komme auf die Erheblichkeit der Schamverletzung nicht an, ist nicht angängig. Denn - so wird auch in der Begründung des Entwurfes 1962 ausgeführt[4] - die fehlende Hervorhebung hängt damit zusammen, daß die Erheblichkeit meist offen zutage lag und deshalb keiner besonderen Erwähnung bedurfte.

c) Eine der möglichen Begründungen für das Erfordernis der "Gröblichkeit" oder "Erheblichkeit" stellt die Lehre von der "sozialen Adäquanz" dar. Sie beschreibt - nach Welzel[5] - den den strafrechtlichen Tatbeständen zugrunde liegenden, von ihnen "stillschweigend" vorausgesetzten "Normal"-Zustand sozialer Handlungsfreiheit. Die soziale Adäquanz umfaßt also den Bereich der sozial-normalen Verhaltensformen und schließt unerhebliche Beeinträchtigungen von der Tatbestandserfassung aus. Die Eliminierung unerheblicher Verletzungen ist eben-

---

1) BGE 79 IV 126; 83 IV 23; 89 IV 197

2) RG 67, 170 (173); BGH 17, 288; 18, 169

3) Mezger LK § 173 Vorbem. 2 b; Schaffstein: Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72, 369 (375); Welzel S. 387

4) S. 360 vor § 204 unter Unzucht

5) Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 491 (514)

falls auf dem herkömmlichen Wege der Tatbestandsauslegung zu erreichen. Die Methode der Ausgrenzung "sozialadäquater" Handlungen durch restriktive Inhaltsbestimmung einzelner Tatbestandsmerkmale wird von Schaffstein[1] ausdrücklich gebilligt, so lange es sich - wie im vorliegenden Fall - um normative Begriffe handelt. Es bedarf also hierbei nicht des Rückgriffs auf allgemeine Prinzipien, die den Tatbestand als ganzen beschränken. Welcher der kurz aufgezeigten Methoden man sich anschließt, ist vom Ergebnis her gesehen gleichgültig. Schriften, Abbildungen und Darstellungen sexuellen Inhalts werden jedenfalls vom Tatbestand des § 184 StGB nur dann erfaßt, wenn durch sie das geschlechtliche Schamgefühl erheblich verletzt wird. Die Aufnahme eines ausdrücklich darauf hinweisenden Begriffs - nenne man die Verletzung nun eine "gröbliche", "erhebliche" oder "nicht leicht zu nehmende" - in die Umschreibung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig"ist, da es sich um ein allgemeines Auslegungsprinzip handelt, nicht notwendig, empfiehlt sich jedoch zur Klarstellung. Vorzuziehen ist wegen seiner Kürze und Prägnanz das Attribut "gröblich".

B. Unterordnung der in Frage kommenden Sachverhalte unter das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig"

Nach diesem Versuch der Klarstellung des Begriffs "unzüchtig" aus dem Zusammenhang der Sittlichkeitsdelikte bedarf es der Unterordnung der mannigfachen Lebenssachverhalte unter dieses Tatbestandsmerkmal - allerdings vorerst ohne Berücksichtigung des Kunstwertes einer Schrift oder Abbildung.

Was im einzelnen - legt man diese gewonnenen Kriterien zugrunde - als unzüchtig anzusehen ist, kann kasuistisch nicht annähernd erschöpfend aufgezählt werden und muß der Prüfung im Einzelfall überlassen bleiben. Überaus wichtig ist jedoch dies: Die bildliche Darstellung des nackten menschlichen Körpers für sich allein ist noch nicht unzüchtig. Das ist feststehende Rechtsprechung und wird, soweit

1) a.a.O. S. 375

ersichtlich, heute nirgends im Schrifttum bestritten[1]. So wenig wie der unverhüllte männliche oder weibliche Körper selbst, hat dessen bildliche Darstellung an sich etwas mit Zucht oder Unzucht zu tun[2]. Die Rechtsprechung hat nun zur urteilung von Darstellungen des nackten Menschen eine Reihe von Einzelmerkmalen herausgearbeitet: Es müssen besondere Umstände hinzutreten, um die natürliche Erscheinung des Menschen zu einer unsittlichen umzuwandeln. Solche Umstände liegen in einer geschlechtlichen Beziehung, doch kann diese nic mit einer Beziehung zum Geschlecht gleichgesetzt werden[3]. Denn in jeder unverhüllten Darstellung eines Menschen prägt sich auch sein Geschlecht aus. Deshalb kann die Hervorhebung besonders weiblicher Formen oder die Wiedergabe von Haltunge in denen die weibliche Anatomie besonders deutlich zum Ausdruck gelangt, nicht ausreichen, ein Aktbild zu einem unzüch tigen zu machen. Die besondere Beziehung zum Geschlechtliche die das bewirkt, erfordert vielmehr die Hervorhebung und Betonung geschlechtlicher Dinge. Hierher gehören etwa Hindeutungen auf den Geschlechtsakt[4](und natürlich dieser selbst) oder auf geschlechtliche Unnatürlichkeiten. Die Unzüchtigkei

---

1) a.A. noch Lazarus a.a.O. im Anschluß an RG JW 1908, 378; Olshausen § 184 Anm. 3 b, der eine Ausnahme nur anerkenne will, wenn die Abbildung nach den aus ihr erkennbaren und mit ihr gegenständlich verknüpften äußeren Umständen eine ausschließliche Zweckbestimmung erkennen läßt, durch dere Vorhandensein die sinnliche Empfindung beim Anblick des g schlechtlich Nackten zurückgedrängt wird.

2) RG 24, 365 (367); OLG Oldenburg JR 52, 113; auch das Schweizerische Bundesgericht hält eine Nacktdarstellung a solche noch nicht für unzüchtig - BGE 86 IV. 22

3) OLG Nürnberg GA 1961, 286

4) So wurde z.B. eine Karte als unzüchtig angesehen (RG 48, 220, 222), weil die auf ihr dargestellte "dralle,sinnlich Köchin von stark hervortretenden Körperformen" mit dem Soldaten, den sie in eine Laube zu ziehen sucht, "bei der dargestellten Beschaffenheit beider Personen" den Eindruck erwecke, daß sie den Soldaten zum Geschlechtsverkehr oder Vornahme unzüchtiger Handlungen bewegen wolle.

ist z.B. bejaht worden, wenn der Gesichtsausdruck der abgebildeten Person die Bereitwilligkeit zur geschlechtlichen Preisgabe zeigt[1] oder wenn bei dreidimensionalen Bildern der Blick auf die Geschlechtsmerkmale gelenkt wird[2].

Doch wieviel Einzelmerkmale man auch immer heranziehen will, der Begriff der "unzüchtigen" Abbildung nimmt keine klare und festumrissene Gestalt an. Daher erscheinen die Ergebnisse der Bewertung an Hand dieser und weiterer Gesichtspunkte nicht immer ganz einleuchtend[3].

Trotzdem hat die Formel vom "Normalmenschen", dessen Schamgefühl in geschlechtlicher Hinsicht vor Verletzungen durch unzüchtige Schriften usw. geschützt werden soll, in der Gerichtspraxis im allgemeinen zu befriedigenden Ergebnissen geführt - zumindest solange, als es sich um die Subsumtion unkünstlerischer Werke unter § 184 StGB handelte. Eine Aussage über ihre allgemeine Brauchbarkeit kann jedoch nicht gemacht werden, bevor nicht ihre Bewährung im Spannungsfeld zwischen Kunst und Strafrecht erwiesen ist.

C. Zusammenfassung

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist eine weitgehende Bestätigung von Rechtsprechung und herrschender Lehre: Unzüchtig ist eine Schrift, wenn sie geeignet ist, das Schamgefühl des normalempfindenden Menschen in geschlechtlicher Hinsicht gröblich zu verletzen. Es ging auch weniger darum, diese Umschreibung grundsätzlich in Frage zu stellen, als eine Klärung der dahinterstehenden Begriffe herbeizuführen. Allerdings hat sich ein Unterschied zur ursprünglichen Formel insofern ergeben, als allein das Schamgefühl als Schutzobjekt angesehen wird, nicht auch das Sittlichkeitsgefühl. Das führt zu einer schärferen Umreißung des Rechtsgutes in § 184 StGB.

---

1) RG 61, 379, 382

2) OLG Neustadt GA 1961, 185

3) Diesen Eindruck gewinnt man zumindest dann, wenn man die in "littera" Bd. 3 "Jugendgefährdend" auf S. 115 ff angeführten Bildbeispiele in Verhältnis zu der ihnen vom LG Hamburg gegebenen Bewertung setzt.

Die Ausführungen erschöpfen keineswegs die Probleme, die sich bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" ergeben: So ist streitig, ob es für die Strafbarkeit genügt, wenn die Schrift usw. objektiv geeignet ist, das Schamgefühl zu verletzen (wovon bisher stillschweigend ausgegangen wurde), oder ob ihr Urheber außerdem in unzüchtiger Absicht gehandelt haben muß; weiter, ob es genügt, wenn aus einem Werk, das seinem Gesamtcharakter nach nicht als unzüchtig angesehen werden kann, Teile herausgenommen und veröffentlicht werden, die erotischer Natur sind; ob ein im ganzen nicht unzüchtiges Werk diesen Charakter dadurch erlangt, daß es unverändert in Kreisen verbreitet wird, die nur an den erotischen Teilen interessiert sind (sogen. relative Unzüchtigkeit); schließlich ob der "Normalmensch" auch zur Beurteilung von Kunstwerken herangezogen werden kann.

Diese die erwähnte Formel abändernden oder ergänzenden Ansichten sind weitgehend aus dem Bedürfnis entstanden, der Ausnahmestellung der Kunst Rechnung zu tragen. Sie sollen daher auch im Rahmen des Teiles der Arbeit erörtert werden, in dem die Möglichkeiten der Subsumtion von Kunstwerken unter das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" untersucht werden.

§ 5

Das Unzüchtige und die Kunst

A. Die Bedeutung des allgemein ermittelten Inhalts des Begriffs "unzüchtig" für die Kunst

Um die ganze Tragweite des so präzisierten Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" für die Kunst deutlich werden zu lassen, soll ein kurzer Überblick über ihr Verhältnis zum Sexuellen vorangestellt werden. Daß in kaum einer der zahlreichen historischen Epochen auf dessen künstlerische Behandlung verzichtet wurde, erscheint beinahe selbstverständlich, wenn man bedenkt, daß Eros und Sexus zu den das Leben bestimmenden Mächten gehören.

I. So ist der nackte menschliche Körper seit jeher eines der Hauptmotive der bildenden Kunst. Schon unter den paläolithischen Höhlenfunden Südfrankreichs finden sich aus Elfenbein angefertigte nackte Statuetten, die von der Wissenschaft als "Venusstatuetten" bezeichnet werden. Als Beispiel aus dem mitteleuropäischen Raum sei die in Österreich gefundene sogenannte "Venus von Willendorf" genannt.

In der klassischen Antike wurde der unverhüllte Mensch dominierendes Motiv allen bildnerischen Schaffens. Das frühe Mittelalter mit seiner religiös-verinnerlichten Geisteshaltung ließ die Darstellung des Nackten - mit Ausnahme des aus dem Paradies vertriebenen Menschenpaares - ganz zurücktreten. Die in Italien als Reaktion auf den"nordischen" Stil der Gotik und als Rückbesinnung auf die Antike entstandene Renaissance schwelgte gleichsam in der Darstellung des Nackten. Seitdem hat der Akt nicht aufgehört, in der bildenden Kunst eine beherrschende Rolle zu spielen.

Dabei beschränken sich die Künstler der genannten Epochen nicht auf die bloße Darstellung des Nackten, sondern fügen ein stark erotisches Element, eine ausgesprochene Beziehung zum Geschlechtlichen hinzu. Beispiele in Fülle bietet besonders die italienische Renaissance: die berühmte Jo des

Correggio, die von Jupiter in Gestalt einer Wolke umarmt wird; seine Danae; die verschiedenen Variationen über das Thema "Leda und der Schwan" (darunter auch von Michelangelo); Venusgestalten von Giorgione und Tizian, deren Gesten und Gesichtsausdruck erotische Assoziationen wecken. Man entdeckte ferner eine Vorliebe für religiöse erotische Motive, wie z.B. "Joseph und die Potiphar"; "Die Versuchung des heiligen Antonius", "Lot und seine Töchter"; man malte Allegorien der Tugenden, der Künste und des Friedens - letzten Endes alles willkommene Anlässe, entblößte Menschen zu zeigen. Auch unter den Werken der Künstler anderer Länder und Epochen finden sich solche mit stark erotischem Akzent. Man denke etwa an die Schöpfungen Rubens', in denen dieses Moment triumphiert, an Boschs "Garten der Lüste"; von Rembrandt ist uns die Radierung einer Coitus-Szene bekannt. Im letzten Jahrhundert (1863) führte Manets "Frühstück im Freien" in Frankreich zu einem Skandal, seine "Olympia" wurde von den Kritikern als obszön abgelehnt. Eine Welle der Empörung löste eine marmorne Allegorie des Tanzes an der Pariser Oper aus. Ebenfalls zu den erotischen Werken ist Rodins berühmte Skulptur "Der Kuß" zu rechnen; weiter ein großer Teil der Werke des Wieners Klimt; Beckmanns "Odysseus und Kalypso"; Bilder von Picasso und Chagall.

Die Darstellung des Erotischen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der bildenden Kunst. Während das Nackte in der Literatur naturgemäß nicht die ihm in der bildenden Kunst entsprechende Rolle spielt, da seine bloße Erwähnung zwar gewisse Vorstellungen weckt, sich jedoch nicht entfernt im gleichen Maße einprägt wie eine bildliche Darstellung, finden sich in berühmten Werken der Weltliteratur zum Teil minutiöse Beschreibungen von Vorgängen aus der Sphäre des Geschlechtlichen. Das früheste Beispiel dürfte das "Gilgamesch-Epos" aus dem sumerisch-babylonischen Kulturkreis sein. Etwa im achten vorchristlichen Jahrhundert ist es dann Homer, der in seiner Odyssee nicht vor erotischen Szenen zurückschreckt. In diese Reihe gehören weiter Aristophanes' Lysistrata, Platon mit seinem "Gastmahl"; Aretino mit seinen Sonnetten; Boccaccios "Decamerone"; später auch John Clelands "Fanny Hill"

Goethes "Römische Elegien", Schlegels "Lucinde", Wedekinds "Lulu", James Joyces moderne Odyssee "Ulysses". Als weitere Beispiele aus unserer Zeit, die zum Teil schon in der Einleitung erwähnt wurden, seien Millers "Wendekreis des Krebses", Nabokovs "Lolita", Lawrences "Lady Chatterley's Lover", Genets "Notre Dame des Fleurs", Grass' "Hundejahre" und "Katz und Maus" genannt.

Diese willkürlich und ohne System herausgegriffenen Werke stehen stellvertretend für eine unübersehbare Anzahl bekannter und unbekannter künstlerischer Schöpfungen, denen die thematische Beziehung zum Geschlechtlichen gemeinsam ist. Dabei ist eine nach Epochen unterschiedliche Behandlung dieser Thematik nicht zu übersehen. Sind im Gilgamesch-Epos oder in Aristophanes' "Lysistrata" recht deutliche Schilderungen enthalten, so werden doch im überwiegenden Teil der früheren Literatur die menschliche Sexualität und die Erotik nur andeutungsweise, weitgehend unter Vermeidung direkter Beschreibung bestimmter Vorgänge, behandelt. Ohne Entsprechung in der Geschichte dürften Produkte einer Richtung sein, die man als "erotischen Realismus" bezeichnet hat[1]. Sie sind oft, wie etwa "Ulysses" oder "Wendekreis des Krebses", ausschweifender und "unanständiger" als selbst die Mehrzahl trivialster Pornographien - und sind dennoch keine Pornographie. Legt man als Maßstab den im voraufgehenden Kapitel präzisierten Begriff "unzüchtig" an diese sowie die genannten historischen Werke der bildenden Kunst und der Literatur an, so führte das zu dem Ergebnis - selbst unter der Berücksichtigung, daß das Nackte an sich noch nicht unzüchtig ist -, daß sie sämtlich von § 184 StGB erfaßt würden.

II. Eine konsequente Anwendung von § 184 StGB oder einer entsprechenden früheren Vorschrift auf Kunstwerke hat es jedoch niemals gegeben. Obwohl mit Beginn des 19.Jahrhunderts

1) Dieser Begriff geht auf Eberhard und Phyllis Kronhausen zurück, die ihn zuerst in ihrem Buch "Pornographie und Gesetz" verwendeten.

in die Strafgesetzbücher Bestimmungen gegen unzüchtige Schriften usw. aufgenommen wurden (vgl. § 3 II 2), hielt man sich bei der Anwendung auf Kunstwerke zurück. Dabei ist eigentümlich zu beobachten, daß Werke der bildenden Kunst seltener von der Einmischung des Gesetzes betroffen wurden als die der Literatur. So ist aus dem 19.Jahrhundert keine strafrechtliche Maßnahme gegen ein unzüchtiges Bildwerk bekannt[1], dagegen eine Reihe von Literaturprozessen: sie betrafen in Frankreich beispielsweise so berühmte Werke wie Flauberts "Madame Bovary" und Baudelaires "Fleurs du Mal".

Erst in unserem Jahrhundert kam es zu einer relativen Häufigkeit von Verfahren. Erinnert sei an die spektakulärsten: den berühmten "Reigen"Prozeß, das (objektive) Verfahren[2] gegen Genets "Notre Dame des Fleurs", das gegen den Berliner Maler Baselitz wegen zweier Werke, genannt "Nackter Mann" und "Große Nacht im Eimer"[3].

Auffällig ist auch, daß sich die staatlichen repressiven Maßnahmen immer gegen Werke zeitgenössischer Künstler oder solche der jüngsten Vergangenheit richten. Dagegen ist kein Fall ersichtlich, in dem die Frage nach der Unzüchtigkeit eines alten Werkes gestellt wurde[4]. Zwar mag die Tatsache, daß ein Werk durch Jahrhunderte vor dem ästhetischen Urteil der Generationen bestanden hat, als überzeugendes Indiz für seinen Kunstwert dienen - wobei man nicht in den Fehler verfallen darf, den Kunstwert aus dem Alter abzuleiten. Doch sollte man meinen, die Unzüchtigkeit etwa der Rembrandtschen

---

1) Zwar haben auch bildende Künstler ihrer Werke wegen vor Gericht gestanden, jedoch meistens wegen Majestätsbeleidigung oder Gotteslästerung

2) LG Hamburg NJW 1963, 675

3) verurteilt vom LG Berlin, aufgehoben vom 5.Strafsenat des BGH und zurückverwiesen - NJW 1965, 983. Im November 1965 wurde das Verfahren wegen Geringfügigkeit eingestellt.- Die Reaktion von Presse und Publikum anläßlich der Veröffentlichung der Bilder schildert Buttig: "Der Fall Baselitz" in: "Der Monat", Heft 203 S. 90

4) Auch Binding ("Unzüchtige Handlungen und unzüchtige Schriften", Gutachten in ZStw 2, 450 ff, 465) geht davon aus,daß Werke von Aristophanes, Horaz, Boccaccio, Shakespeare, Voltaire usw.nicht unzüchtig seien - mit der lapidaren Feststellung,das Urteil darüber steht schon seit Jahrhunderten

Coitus-Radierung werde davon nicht berührt. Denn dieses Thema und zahllose andere, die zu allen Zeiten in der Kunst dargestellt und auch toleriert wurden, werden als im höchsten Maße anstößig empfunden, behandelt die zeitgenössische Kunst sie mit ihren Mitteln.

Für die Duldung historischer Kunst mit sexualbezogener Thematik gibt es mehrere Gründe[1]: Die Darstellung des Anstößigen wird immer dann als solches nicht erlebt, wenn einmal der Inhalt des Werkes als Sünde deklariert wird, so daß sich der Leser oder Betrachter mit dem Verbot identifizieren kann. Er fühlt sich im Einklang mit der Moral, während das Sündige selbst abgesondert ist. Zum anderen wird kein Anstoß genommen, wenn die Darstellung in einer Form erfolgt, die nicht geeignet ist, eine Identifikation des Lesers oder Beschauers mit dem Dargestellten herbeizuführen, z.B. bei mythologischen Themen. Zu dieser Art der Darstellung aber haben die Künstler der Vergangenheit häufig ihre Zuflucht genommen.

In unserer Duldung der Schöpfung früherer Epochen liegt wohl auch das unausgesprochene Eingeständnis, daß zu anderen Zeiten andere Vorstellungen von Sittlichkeit geherrscht haben. Außerdem - und das ist entschieden wichtiger - wird daraus die Tendenz ersichtlich, es bei der Prüfung der Unzüchtigkeit nicht allein auf das Dargestellte und Beschriebene abzustellen, sondern entweder die Art und Weise der Behandlung oder auch den dem Werk innewohnenden Kunstwert zu berücksichtigen. Bei diesem Verfahren ist es für die Rechtsprechung schwer, sich über das geschichtlich gewordene Urteil hinwegzusetzen, mag es sich auch als falsch erweisen. Es erscheint ihr dagegen leichter, einem zeitgenössischen Werk, in dem der Künstler vielleicht völlig neue und ungewöhnliche Wege zu gehen versucht,den Kunstwert abzusprechen und so zu einer strafrechtlichen Erfassung zu kommen. Dabei wird übersehen, daß anerkannte Kunstrichtungen - wie beispielsweise der Manierismus -

---

1) Mau: Das Anstößige in der Kunst aus tiefenpsychologischer Sicht, in: littera Band 4, S. 27 (32)

in der Epoche ihrer Entstehung ebenso revolutionär waren wie die moderne Kunst heute.

Auf eine Formel gebracht: Das Verhältnis zwischen Kunst und (Sexual-) Moral gehört zu den ungeklärtesten, ja bodenlosesten Problemen nicht nur unserer Zeit, sondern aller vergangener Epochen, in denen überhaupt Kunst produziert wurde[1]

B. Der Begriff der "Kunst". - Die Bedeutung "an sich" unzüchtiger Inhalte für den Kunstwert

Bevor auf die Behandlung der sich aus der Kollision des in § 184 StGB geschützten Rechtsgutes mit Kunstwerken ergebenden Probleme in Rechtsprechung und Schrifttum einzugehen sein wird, soll versucht werden, über den Begriff der "Kunst" Klarheit zu gewinnen. Ohne späteren Erörterungen vorzugreifen, ist es wohl berechtigt, schon hier festzustellen, daß die Qualifizierung eines hinsichtlich § 184 StGB zu beurteilenden Werkes als Kunst in irgendeiner Weise berücksichtigt werden muß, wenn nicht Pornographie und kulturelle Werte gleich behandelt werden sollen. Das schafft aber die Notwendigkeit, beide Bereiche voneinander abzugrenzen.

Die erschöpfende Beantwortung der Frage nach dem Wesen einer so komplexen Erscheinung wie der Kunst ist naturgemäß völlig ausgeschlossen und bisher wohl auch noch an keiner Stelle gelungen. Es gibt so viele Erklärungen für diesen Begriff wie Bemühungen um ihn. Gerade angesichts moderner Kunstströmungen erscheint die Möglichkeit der Aufstellung allgemeingültiger Kriterien, Kategorien und Wertskalen, die ein Werk als Kunstwerk erkennen lassen, zweifelhafter denn je. Wahrscheinlich läßt Kunst sich überhaupt nur in der konkreten Begegnung mit Kunstwerken erfahren.

Erschwerend kommt hinzu, daß der Versuch einer Inhaltsbestimmung durch den Juristen einen Eingriff in den philo-

1) Emrich: Kann Dichtung verboten werden? in: Universitätstage 1964 S. 159

sophisch-ästhetischen Bereich bedeutet, für den er in der Regel nicht kompetent ist.

So berechtigt diese Bedenken sein mögen, ist es dennoch nicht zu umgehen, auf den Begriff der Kunst näher einzugehen. Ohne Kenntnis des Objekts der Beurteilung ist es unmöglich, ihm im Falle von Konflikten mit dem Strafrecht die Bewertung zukommen zu lassen, die ihm gebührt. Kunst, die nicht bestimmt wird, kann auch nicht geschützt werden. Nach allem kann es sich jedoch nur um eine umrißhafte Skizzierung handeln, die die Behandlung jener Seiten in den Vordergrund stellt, die - dem Bereich der Moral, besser: der "Unmoral" zugewandt - den stärksten Angriffen ausgesetzt sind. In den folgenden Ausführungen geht es daher in erster Linie darum, den Einfluß "an sich" unzüchtiger Inhalte auf die Qualifizierung eines Werkes als Kunst herauszustellen. Sofern der Begriff "Kunst" in anderem rechtlichen Zusammenhang - etwa im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG - eine nähere, möglicherweise teleologische Bestimmung erfordert, wird im entsprechenden Zusammenhang darauf einzugehen sein.

I. Diese Frage nach dem Wesen der Kunst wird mit Hilfe einer häufig benutzten heuristischen Formel beantwortet: Sie umschreibt Kunst als die Gestaltung eines seelisch-geistigen Gehaltes durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen[1]. Es gibt demnach ein Kunstwerk weder

---

1) Der "Große Brockhaus"(16.Auflage),Stichwort "Kunst"; Erbel (Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, S. 8) nennt die Heranziehung dieser Definition, die auch von v. Mangoldt-Klein (und im Anschluß daran vom OVG Münster) zur Kennzeichnung des Begriffs "Kunst" in Art. 5 III GG benutzt wird, methodisch falsch, weil zur Bestimmung eines juristischen Begriffs eine aus dem außerjuristischen Bereich entliehene Formel übernommen werde . Diese Bedenken mögen im Hinblick auf Art. 5 III GG richtig sein. An dieser Stelle, da Gegenstand der Bestimmung nicht der Kunst-Begriff i.S. jener Verfassungsvorschrift ist, darf die obige Formel auch nur als eine außerjuristische, längere interpretatorisch entwickelte Gedankenreihen auf ihre Kernpunkte reduzierende Zusammenfassung verstanden werden, deren Gedankengänge zur Sinnentfaltung nachvollzogen werden müssen.

ohne die Qualität der Form noch ohne die Wesentlichkeit des Inhalts[1].

1. Zunächst aber zu den Intentionen des Künstlers, die in der Definition unmittelbar nicht zum Ausdruck kommen. Um eine Schrift oder ein Bild als Kunstwerk zu qualifizieren, kann es nicht auf die subjektiven Vorstellungen des Schaffenden im Sinne des "Kunstwollens" ankommen. Das wird deutlich an den Produkten der sogenannten "Pop-Art", deren Anhänger auf Schrotthaufen gefundene Gegenstände allein kraft ihres Willens zum Kunstwerk erheben; aus Behältern werden mit Worten beschriebene Zettel entnommen, die dann, dem Gesetz des Zufalles folgend, in dieser Reihenfolge zu "Wortkunstwerken" zusammengestellt werden. Im ganzen gesehen nichts weiter als ein zur Methode verallgemeinerter Subjektivismus im Stande des Exzesses, des Chaos, des Nichts, ohne prüfbar objektive Verbindlichkeit.

Was Kunst zu Kunst macht, ist das gesetzmäßig Bildende als Ausfluß des schöpferischen Vermögens des Menschen[2]. Deshalb ist zu fordern, daß der künstlerische Gestaltungswille[3] als schöpferische Tätigkeit in einem Werk seinen objektiven Niederschlag findet. Erst durch das Werk, das gewissen Gesetzen der Ästhetik genügt, weist sich dessen Urheber als Künstler aus - wofür jedoch nicht der Grad der Vollkommenheit des Produktes maßgebend ist. Welcher Art diese

---

1) Dieses zweite Moment scheint der völlig gegenstandslosen Kunst zu fehlen. Diese Kunst will jedoch nicht mehr sein als die Formalität des Malerischen, sie "spielt mit sich selbst" (Hausenstein: Meister und Werke, S. 311). Der Gehalt liegt in der Demonstration des Formalen.

2) "Deshalb gerade aber ist ein Kunstprodukt nur vorhanden, insofern es seinen Durchgangspunkt durch den Geist genommen hat und aus geistiger produzierender Tätigkeit entsprungen ist." Hegel: Ästhetik I, S. 49

3) Dieser Gestaltungswille darf nicht im Sinne des bewußt künstlerischen Schaffens verstanden werden. Er ist ein Ineinander von bewußten, unbewußten und unterbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind - Stein, JZ 59, 722 (Anm. zu OVG Münster).

Gesetze sind, sagt die Definition nicht. Es ist aber Stein[1] darin zuzustimmen, daß die Forderung nicht dahin geht, bei der Gestaltung allein Gesetze objektiver Art zu beachten[2]. Gerade die genialsten Künstler haben ihre Werke meist nach eigenen, neuen Gesetzen gestaltet.

Große Denker, große Künstler sind häufig Revolutionäre in Stil, Form, Inhalt; sie zweifeln am Überkommenen, an der bestehenden Ordnung. Das ästhetische Prinzip ruht also weitgehend im Künstler selbst und erhält von hier aus seine Gesetze. Daraus folgt ein ständiger Wandel, der sich immer mehr beschleunigt; haben sich die Stile zunächst in mehr oder weniger rascher Folge abgelöst - als letzter geschlossener Stil kann wohl der sogenannte Jugendstil bezeichnet werden -, so wandeln sie sich häufig zu Manieren. Und dennoch: Durch alle Stile, Manieren - selbst in der abstrakten Kunst, in der in sichtbar äußerer Gestalt im Bilde[3] nichts Objektives mehr zu existieren scheint - äußert sich ein Grundbestand unwandelbarer Gesetze in der Demonstration von Farbe, Linie, Fläche, Komposition.

2. Damit kommen wir zum Kriterium der Form. Seine Bedeutung hat im Laufe der Geschichte gewechselt; zeitweilig war die Form Werkzeug, zu anderen Zeiten - so weitgehend auch heute, da oft in der bildenden Kunst auf das Gegenständliche verzichtet wird - Zweck der Kunst. Aus der ersten Möglichkeit resultieren gewisse Beziehungen zum dargestellten Gegenstand, die hier unerörtert bleiben müssen. Stellen wir jedoch fest, daß beispielsweise die neuere Malerei die Welt der natürlichen Gegenstände nicht mehr so unmittelbar kennt wie die ältere, dann machen wir einen Unterschied, der

---

1) Stein a.a.O.

2) Auch LG Hamburg (NJW 1963, 675) und OVG München (NJW 1959, 1892) gehen davon aus, daß es sich nicht notwendig um objektive Gesetze handeln muß.

3) Wenn auch hier fast ausschließlich von der bildenden Kunst die Rede ist, so gilt doch für die Literatur Entsprechendes.

aus dem Gesichtspunkt der Form gleichgültig ist[1]. Auf der anderen Seite erkennen wir die Bedeutung der älteren Malerei nicht, wenn wir sie nicht auch allgemein formal, sondern banal gegenständlich sehen[2].

Was im einzelnen dem Kriterium der Form genügt, kann unmöglich aufgezählt werden. Ihm kommt im Hinblick auf den Gegenstand der Arbeit auch keine große Bedeutung zu; es wird kaum jemals am Formalen Anstoß genommen (jedenfalls nicht in sexueller Hinsicht), sondern allein am Gegenstand oder Inhalt eines Werkes. Je größer der Anteil des Formalen, desto neutraler wird das Kunstwerk in seiner Wirkung auf den Leser oder Betrachter sein. Begnügen wir uns daher mit der Feststellung, daß für den Kunstwert das Formale unabdingbar ist.

3. Hinzu treten muß nach der genannten Definition weiter die Gestaltung eines "seelisch-geistigen Gehaltes": d.h. eine über das Vordergründige hinausgehende Sinngebung durch den Künstler. Das Werk muß also einen Inhalt, eine Aussage aufweisen.

a) Hier ist zunächst der Hinweis auf einen Unterschied erforderlich, der nicht immer genügend beachtet wird: auf den zwischen Inhalt und dargestellten Gegenstand. Beides wird oft identisch sein, kann aber auch auseinanderfallen. So immer dann, wenn der gegenständliche Vorwurf nur als Symbol genutzt, ihm vom Künstler die Aufgabe einer Allegorie gegeben wird. Der Gegenstand kann also etwas "bedeuten". In

---

1) Hausenstein: Die Kunst in diesem Augenblick, S. 257

2) Die leichtere Verständlichkeit der gegenständlichen Kunst beruht auf einem Irrtum: daß nämlich ein Werk schon erlebt wird, wenn der Gegenstand, das Motiv erkannt wird, das dargestellt ist. Die gegenständliche Kunst macht es dem Betrachter leichter, am entscheidenden Erlebnis vorbeizugehen und dennoch zu meinen, dem Kunstwerk als Kunstwerk nahegekommen zu sein. Es wird nicht im Werk die Kunst, sondern das Motiv gesucht; nicht das Erleben, sondern das Erkennen (Jedlicka: Wege zum Kunstwerk, zitiert nach "littera" Bd. 4 S. 25).

diesen Fällen ist das Dargestellte, das im Bild Sichtbare nur das Mittel zu einer über es selbst hinausgehenden Aussage[1], kann aber dann gemäß unserer Umschreibung als solches nicht Kriterium für den Kunstcharakter des Werkes sein.

b) Hinsichtlich der inhaltlichen Komponente stellt sich die bedeutsame Frage, ob die künstlerische Aussage auf einer Ideologie, auf bestimmten Anschauungen religiöser, sittlicher, kultureller oder gar politischer Art fußen muß. Dieser Ansicht war das Oberverwaltungsgericht Münster[2], das seiner Wertung eines Romanes bestimmte gesellschaftliche und moralische Ideen zugrunde legte, ihn den Gesetzen des menschlichen Gewissens und der Wahrheit unterwarf und dem Werk den Kunstwert deshalb absprach, weil sein Inhalt "objektiv wahrheitswidrig" sei! Woher dabei die Maßstäbe für die Wahrheitsfindung genommen wurde, bleibt im Dunkel. Nach Ansicht des Gerichts muß sich der Künstler an den geltenden allgemeinen Vorstellungen orientieren. Im zu beurteilenden Fall vermißte das Gericht die moralisierende, bessernde Tendenz: dadurch mißachte der Autor die an den Künstler gestellte Forderung und mache sein Werk als Kunstwerk - trotz formaler Qualitäten - wertlos.

Nun ist zwar richtig, daß ein Werk, das nicht "wahr" ist, kein Kunstwerk sein kann. Das bedeutet jedoch nicht, daß dem Oberverwaltungsgericht Münster in seiner Forderung nach der Orientierung an der "objektiven Wahrheit" zu folgen wäre. Im Wesen des ästhetischen Schaffensprozesses liegt es, der komplexen Wahrheit der menschlichen Wirklichkeit möglichst nahe zu kommen[3].Um der Wahrheit willen muß der Künstler ein

1) Zur Veranschaulichung mag man sich an die im musikalischen Bereich ähnliche Erscheinung der sogen.Programmusik erinnern, mit der außermusikalische Vorstellungen ausgedrückt werden sollen - Berlioz,Liszt,Sibelius,Strauß.

2) JZ 59, 716.- Das OVG Münster hat in einer späteren Entscheidung selbst einen anderen Standpunkt eingenommen (2.Senat gegen 7.Senat): vgl.Urteil vom 3.10.1961 (nicht rechtskräftig!) in Recht der Jugend 1962, 55.

3) Arndt: Die Kunst im Recht,NJW 1966, 26: "Auch im künstlerischen Schaffen geht es um Wahrheit" unter Berufung auf Heidegger:"Im Werk der Kunst hat sich die Wahrheit des Seienden ins Werk gesetzt."

umfassendes Bild des Menschen, seine ganze Natur gestalten. Dazu aber gehören moralisch verpönte Verhaltensweisen, die er, unbegrenzt von Vorurteilen moralischer Art, darzustellen hat. Die darin liegende scheinbare Gleichgültigkeit des Künstlers gegenüber moralischen Wertsetzungen, die ihn - wie Genet oder Henry Miller - in den Verruf des Amoralismus bringt, kann sich immer nur auf konventionelle, zeitlich begrenzte und somit fragwürdige Wertkategorien beziehen.

Diese Eigenart künstlerischen Schaffens verlangt, die Wahl des Inhalts und jedes Ideenvorwurfes frei treffen zu können[1], und es berührt die Qualifikation eines Werkes als Kunstwerk nicht, ob und in welcher Weise Dinge dargestellt werden, die an sich vielleicht sogar als unwerthaft zu bezeichnen sind. Ein Werk zählt auch dann zur Kunst, wenn es keine Verbindung zur bestehenden Wertordnung hat und etwa von allen ethischen oder religiösen Rücksichten absieht. Niemals wird sein Kunstwert davon berührt, wie man seinen Inhalt sittlich bewertet, andernfalls wären weder der "Faust" noch "Macbeth" oder "Richard III." mit ihren Darstellungen von Verführung, Kindestötung, Mord aus Machtgier Kunstwerke. Die Lebensnähe ist es nicht zuletzt, die den "Faust" zu einem größeren, bedeutenderen Werk macht als blasser Edelmut die "Iphigenie". Und soll man Dostojewskis "Raskolnikow" den Kunstwert deshalb absprechen, weil die Titelperson einen Mord "ethisch" zu rechtfertigen sucht?

Diese Beispiele zeigen, daß das menschliche Leben in seiner ganzen Spannweite, in seinen euphorischen Höhen und abgründigen Tiefen, seinen idealen und seinen dämonischen, anarchischen Seiten den Vorwurf für den Inhalt eines Kunstwerkes bilden kann. Es gibt keine Hierarchie künstlerischer Themen, in der dem idealen Abbild des Menschen der oberste Rang einzuräumen wäre. Die Kunst ist nicht etwa dann tot, wenn sie nicht mehr die Schönheit einer Sixtinischen Madonna kennt! Auch das Abstoßende, der Schrecken, das Grauen haben in der Kunst eine Daseinsberechtigung, ohne

---

1) So auch Ropertz Diss. S. 99

daß deshalb das Schlagwort der "Enthumanisierung" am Platze wäre. Nur für den, der sich mit der modernen Kunst nicht vertraut gemacht hat, ist sie eine unmenschliche Kunst. Dabei wird das Grauen übersehen, das schon in der Vergangenheit von Goyas realistischer Darstellung der verstümmelten Kriegstoten oder von Rubens' eindringlicher Wiedergabe des Kindesmordes von Bethlehem ausging.

Die Kunst ist so menschlich, wie ihre Themen Bestandteil des menschlichen Lebens sind; sie ist Spiegelung der vorhandenen Welt, nicht die Schöpferin neuer ethischer Werte - womit nicht ausgeschlossen ist, daß sie es nicht doch sein kann. Sie verleiht einer Lebensstimmung Ausdruck, in der sich unsere Zeitprobleme reflektieren.

Wenn man allerdings die Ansicht vertritt, in der Kunst handele es sich um die ästhetische Assimilation der Wirklichkeit, das Kunstwerk habe die Aufgabe, ein Spiegelbild dieser Wirklichkeit im Sinne der Offenbarung des Schönen zu sein[1], von dem man sich Erbauung erhofft, dann kommt man dazu, den Inhalt als die Hauptsache anzusehen. Die Folge ist, daß Kriterien aufgestellt werden wie: Kunst sei nur das, was den "künstlerischen Besitz eines Volks bereichert"[2]. Die Antwort auf die sich notwendig stellende Frage, wann das der Fall ist, gibt das Oberverwaltungsgericht Münster in den Gründen seiner Entscheidung. Eine Bereicherung liegt z.B. dann nicht vor, wenn "geleugnet wird, daß Schuld und Unrecht im Innern der Persönlichkeit des Handelnden entspringen, vielmehr die Auffassung vertreten wird, es seien dieses Vorgänge, die von außen an den Handelnden herantreten, für die er also keine Verantwortung trägt", kurz: eine Bereicherung fehle dann, wenn der Gehalt "objektiv wahrheitswidrig" sei. Wie aber ist angesichts jenes Kriteriums eine Kunst zu bewerten, die auf Wirklichkeitsillusion verzichtet, sogar eine bewußte Defor-

---

1) Das Primat des "Kunstschönen" ist heute in der Ästhetik der Ostblockländer, vor allem der Sowjetunion wirksam.

2) OVG Münster JZ 59, 717

mation der Naturobjekte ist, in der Musik die Melodien und die Totalität beseitigt, den Menschen seiner idealen Vorzugsstellung in der Welt beraubt? Mit solchen Forderungen wird die Kunst in die Abhängigkeit von Staat, Kirche oder einer bestimmten weltanschaulichen Richtung gebracht. Ihr wird Gewalt angetan, denn auch das gehört zu ihrem Wesen: daß nicht nach der Nützlichkeit für irgendein außerhalb ihrer selbst liegendes Prinzip gefragt wird.

In dem Kriterium des "seelisch-geistigen Gehaltes" liegt also dann eine Gefahr für die Kunst, wenn nicht das Vorhandensein einer wie auch immer gearteten Aussage als ausreichend angesehen, sondern auf deren Bewertung abgestellt wird. Allein die erste Möglichkeit muß uns genügen; die zweite liefe auf die Konstituierung einer Zensur hinaus. Zwar gestattet auch das Kriterium der Form nicht, auf jegliche Bewertung zu verzichten. Doch geschieht das nicht mit Hilfe außerkünstlerischer Maßstäbe, sondern solcher, die sich die Kunst selbst gegeben hat.

II. Als wesentliches Ergebnis kann somit festgehalten werden: Der künstlerische Gestaltungswille als schöpferische Tätigkeit muß in einem Werk seinen objektiven Niederschlag finden. Nicht ausreichend sind subjektive Tendenzen etwa im Sinne des bloßen "Kunstwollens". Die bildliche Darstellung oder literarische Schilderung geschlechtlicher Vorgänge haben auf die Feststellung des Kunstwertes keinen Einfluß. Der Begriff obszön ist - ebenso wie Anarchie, Nihilismus, Zynismus, Atheismus - zu diesem Zweck als Kriterium ungeeignet. Der Bereich des künstlerisch Darstellbaren ist unbeschränkt. Gerade dieses Letzte verdient festgehalten zu werden, da die meisten Angriffe gegen die Kunst in diese Richtung zielen.

Was den gesuchten Begriff weiter ausmacht, liegt in dem "vielfältigen Verschlungensein des Irrationalen und des Rationalen, des Intuitiven und der Kritik, der Mania und der Sophrosyne"[1], Eines jedenfalls ist sicher:Kunst und Moral sind nicht identisch.

1) Stein: JZ 59, 723

§ 6

Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz

Die Untersuchung, ob und gegebenenfalls wann Kunstwerke vom Tatbestand des § 184 StGB erfaßt werden, kann nicht die Freiheitsgarantie in Art. 5 III 1 GG außer acht lassen, wo ausgesprochen wird: "Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei." Zwar ginge es über den Rahmen der Arbeit hinaus, die verfassungsrechtlichen Probleme in aller Ausführlichkeit zu erörtern; insoweit muß es mit der Verweisung auf die grundlegenden Untersuchungen von Ropertz[1] und Erbel[2] sein Bewenden haben. Doch ist es notwendig, in gebotener Kürze auf die Beziehungen zwischen Art. 5 III 1 GG und § 184 StGB einzugehen, da die Auslegung der Strafvorschrift im Hinblick auf Kunstwerke von der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie nicht unbeeinflußt bleiben kann.

A. Der Begriff "Kunst" in Art. 5 III 1 GG

Der Begriff "Kunst" in Art. 5 III 1 GG ist nach dem Sinn und Zweck dieser Verfassungsnorm zu interpretieren. Ziel der Bestimmung kann nur sein, die Kunst als autonomen Lebensbereich anzuerkennen, ihre spezifische Eigenwertigkeit zu erhalten. Diese apodiktische Feststellung rechtfertigt sich zum einen daher, daß die Verfassungsgesetzgeber die Kunst überhaupt für wert befanden, in den Katalog der Grundrechte aufgenommen zu werden; zum anderen daraus, daß der Begriff in keiner Weise konkretisiert wurde.

I. Daraus folgt, daß die Verfassungsrechtsordnung nicht einen bestimmten ästhetischen Standpunkt, einen bestimmten Stil, eine bestimmte Richtung dafür maßgebend sein läßt, was der Kunst zugerechnet werden und sich somit des Schutzes erfreuen soll, während alles, was sonst mit dem

---

1) Ropertz: Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz

2) Erbel: Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie

Anspruch auftritt, Kunst zu sein, als verbildet abgelehnt wird. Ebensowenig kommt es auf den Inhalt eines Werkes an. Der Schutzbereich der Verfassungsnorm kann sich ferner bei sinnvoller Auslegung auch nicht allein auf solche Ergebnisse künstlerischer Tätigkeit beziehen, die als "gelungen" bezeichnet werden können. Das bedeutet: unter den Begriff "Kunst" in Art. 5 III 1 GG fallen nicht nur kunstwerterfüllende, sondern auch solche Werke, die im Sinne einer wertenden Ästhetik als mißlungen angesehen werden müssen[1], wenn in ihnen nur eine objektive Beziehung zur künstlerischen Form oder Idee erkennbar ist. Ebenso, wie die Freiheit der Wissenschaft die Freiheit zu irren umfaßt, wird der Kunst der ihr notwendige Lebensraum nur eröffnet, wenn die Freiheit der Kunst die Freiheit zum Mißlingen des Gestaltens einschließt[2]. "Kunst" i.S. von Art. 5 III 1 GG ist also als ein "wertdifferenzierungsfreier" Begriff[3] zu verstehen, d.h. als Begriff, der alle Kunst im schöpferischen Sinne[4] ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, ihre Stilrichtung oder ihren Wert umfaßt.

II. Daß von der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantie neben der "objektiven" Kunst i.S. des Werkes auch die "subjektive" Kunst i.S. der künstlerischen Tätigkeit umfaßt wird, folgt aus der Erwägung, daß es widersinnig wäre, dem Produkt, nicht auch der darauf hinzielenden Tätigkeit selbst Freiheit zu verbürgen. Eine Freiheit ohne Zuordnung zu einem subjektiven Berechtigten ist nicht vorstellbar; denn alle Freiheit ist letztlich auf den Menschen als ihren Träger bezogen. Aus der objektiv gefaßten Freiheitsgarantie "Kunst... ist frei" erwachsen somit subjektive (Grund)Rechte[5].

---

1) In diesem Sinne auch Beling: Kunstfreiheit und Rechtsbann, in: Festschrift für H.Wölfflin S. 19 ff, 24; Ropertz a.a.O. S. 98; Ott: Anm. zum Urteil des BayObLG NJW 1964,1149; Stein a.a.O. S. 723

2) Arndt: Die Kunst im Recht,NJW 1966, 26

3) Erbel a.a.O. S. 89

4) Zur Rechtfertigung dieser Einschränkung auf die "schöpferische Kunst" vgl. § 5 II 1 a

5) Erbel a.a.O.S. 86. Im Hinblick auf die Freiheit der Wissenschaft hat das BVerfG im Beschluß vom 16.1.1963 (DVBl. 1963,438) festgestellt: "Art.5 III gewährt, wie sich aus

Im Mittelpunkt der grundrechtlich geschützten Individualbetätigung auf dem Gebiet der Kunst steht das künstlerische Schaffen. Dies ist aber nicht dann unbeschränkt, wenn es selbst nicht behindert, die Veröffentlichung der entstandenen Werke aber eingeschränkt wird. Wie es für die Wissenschaft notwendig ist, die gewonnenen Erkenntnisse zu publizieren, so ist auch die Kunst ohne Kontakt zum Publikum nicht denkbar; denn sie ist Mitteilung, die aufgenommen werden soll, sie rechnet mit einem Gegenüber. Daher ist allgemein anerkannt, daß Art. 5 III 1 GG sowohl die Freiheit des künstlerischen Schaffens als auch die ungehinderte, uneingeschränkte Verbreitung des Kunstwerks gewährleistet[1].

Damit weicht der verfassungsrechtliche Kunstbegriff von dem der Ästhetik ab, die allein das Werk zum Gegenstand ihrer Bewertung macht. Diese Divergenz ist jedoch unvermeidlich, weil das Verfassungsrecht naturgemäß andere Zwecke verfolgt als der engere Bereich der Ästhetik. Der Kunstbegriff der Verfassung - das betont Erbel[2] mit Recht - steht weder im Dienste der Philosophie, sei es der Ethik oder Ästhetik, noch im Dienste irgendeiner Volksanschauung. Er soll also weder allein den Bereich der im ästhetischen oder ethischen Sinne anerkennenswerten, noch den Bereich der vom "Volksempfinden" oder "Durchschnittsgeschmack" anerkannten Kunst fixieren, sondern eine bestimmte Kategorie menschlichen Wirkens, der künstlerischen Entfaltung nämlich, so abgrenzen, daß der der Kunst als Ganzer zugedachte Freiheitsschutz bestmöglich verwirklicht wird.

B. Die "Freiheit" der Kunst

Nachdem der Begriff der Kunst im verfassungsrechtlichen Sinne kurz umrissen wurde, sind nunmehr Inhalt und Ausmaß der

---

Fortsetzung der Anm.5 von Seite 66:
Wortlaut und Sinn ergibt,...jedem Einzelnen...ein Grundrecht auf freie wissenschaftliche Betätigung."

1) Stein JZ 59,721; Ropertz a.a.O.S.103 mit weiteren Nachweisen; Erbel a.a.O.S. 87; BayObLG GA 1964,208

2) Erbel a.a.O. S. 92

der Kunst zugesprochenen Freiheitsgarantie zu untersuchen. Dabei wird gerade der Umgrenzung des Ausmaßes dieser Freiheit im vorliegenden Zusammenhang überragende Bedeutung zukommen, da die Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls wann Kunstwerke vom Tatbestand des § 184 StGB erfaßt werden, entscheidend davon abhängt, ob die Freiheit der Kunst überhaupt beschränkbar ist.

I. Wenn man davon ausgeht, daß Art. 5 III 1 GG Recht setzen will, d.h. normativ festlegen will, was sein soll, nicht aber ein Erkenntnisurteil aussprechen will, bedeutet der Satz: "Die Kunst ist frei" das rechtsverbindlich an den Staat gerichtete Gebot: "Die Kunst soll frei sein"[1]. Aus diesem Gebot folgt die Pflicht des Staates, sich aller Maßnahmen zu enthalten, die auf eine staatliche Organisierung in einem vorgeprägten ideologischen Sinne abzielen, um die Kunst seinen Zwecken nutzbar zu machen. Im Hinblick auf die der Kunst zugewiesenen Aufgaben im nationalsozialistischen Staat und in den kommunistischen Ländern muß ein wesentliches Anliegen der Kunstfreiheitsgarantie darin gesehen werden, das Kunstleben als einen staatlicher Einflußnahme entzogenen Lebensbereich zu schützen. Daraus folgt die Freiheit der individuellen künstlerischen Entfaltung: der künstlerisch Schaffende hat ein Grundrecht gegen den Staat auf Unterlassung bevormundender oder sonst hemmender Eingriffe in sein Schaffen oder in die Werkveröffentlichung[2].

II. Nach der Bestimmung des Inhalts des Begriffs "Kunst" und der Umreißung der ihr zugeordneten Freiheit stellt sich di früher schon als äußerst bedeutsam gekennzeichnete Frage, ob die Kunst, wie es nach dem Wortlaut von Art. 5 III GG den Anschein hat, absolut frei ist, oder ob sie nicht doch gewissen, nicht ausdrücklich formulierten Schranken unterworfen ist. Auf Grund der rechtsphilosophischen Erwägung, daß jedem

1) Erbel a.a.O. S. 47; 99
2) Erbel a.a.O. S. 102

rechtlichen Dürfen aus dem Wesen der staatlichen Gemeinschaft bestimmte Bindungen zugeordnet sind, kommen Rechtsprechung und Lehre fast einhellig zu dem Ergebnis, daß der Freiheit der Kunst Schranken gesetzt sind. Jedoch gehen die Ansichten darüber, wie diese Schranken aus der Verfassung abzuleiten sind und wie weit der Wirkungsraum des Grundrechts reicht, weit auseinander.

1. Der Ansicht, daß jedem Grundrecht, auch dem der Freiheit der Kunst, zunächst "immanente sachliche Gewährleistungsschranken" durch den "Begriff des gewährleisteten Objekts" gezogen seien[1], kann nicht gefolgt werden. Das Grundrecht der Kunstfreiheit kann nicht schon dadurch eingeschränkt werden, daß der Begriff "Kunst" restriktiv interpretiert wird. Er dient allein der Kennzeichnung des Gegenstandes, nicht aber der Bestimmung des Ausmaßes der Freiheit[2].

2. Gegen die Möglichkeit, die sogenannte "Treueklausel" aus Art. 5 III 2 GG ("Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung") auf Art. 5 III 1 GG zu übertragen[3], spricht der eindeutige Wortlaut: diese Schranke ist eine spezifisch der Lehrfreiheit zugeordnete Bindung[4].

3. Die Frage nach den für die Freiheit der Kunst geltenden Schranken ist mehrfach[5] durch den Hinweis auf Art.5 II GG beantwortet worden. Nach dieser Verfassungsvorschrift finden die in Abs. I gewährten Grundrechte (Meinungsfreiheit usw.) "ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in

---

1) v.Mangoldt-Klein, GG, Vorbem. XV 2 a, S. 124 und Anm. X 6 a zu Art. 5 GG, S. 259

2) Erbel a.a.O. S. 116

3) So offenbar Maunz,Deutsches Staatsrecht,S. 110: "Jedenfalls muß aber die Treue zur Verfassung trotz des Wortlautes von Art. 5 III 2 auch für Kunst, Wissenschaft und Forschung selbstverständlich sein."

4) Köttgen: Die Freiheit der Wissenschaft und Selbstverwaltung der Universität,in: Die Grundrechte Bd. 2 S. 291 ff

5) u.a. v. Mangoldt GG Anm. 8 II zu Art. 5, S. 69; Giese GG Anm. II 8 zu Art. 5, S. 20

dem Recht der persönlichen Ehre". Die direkte oder analoge Anwendung dieses Vorbehalts auf Art. 5 III 1 GG ist schon wegen seines eindeutigen Bezugs auf allein die in Absatz I genannten Grundrechte ("Diese Rechte finden ihre Schranken...") ausgeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht wies darauf hin für die Auffassung, daß der Grundgesetzgeber die Freiheit von Kunst und Wissenschaft nicht generell an die Schranken der allgemeinen Gesetze binden wollte, spreche die Systematik des Grundgesetzes, in der Art. 5 III hinter die die freie Meinungsäußerung behandelnden Absätze I und II gestellt ist; ferner auch der sonst überflüssige Satz 2 in Absatz III, wonach die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet.

Diese sich aus der Systematik von Art. 5 für die Kunstfreiheit ergebenden Schlußfolgerungen wurden auf folgende Weise umgangen: Das Bundesverwaltungsgericht differenzierte danach, ob im Werk zu den dargestellten Vorgängen Stellung genommen, also eine Meinung geäußert wird oder nicht, und beschränkte die "meinungsäußernde" Kunst durch Art. 5 II GG, ließ sie im übrigen jedoch frei - nicht ohne aber zu erwähnen, daß das nicht bedeute, "daß für die Freiheit der Kunst überhaupt keine Schranken" beständen[1]. Das Oberverwaltungsgericht Münster unterschied in seinem Bescheid vom 18.11.1958[2] zwischen der Erfassung und Auswahl eines geistig-seelischen Gehalts sowie seiner Gestaltung einerseits und dem Akt der Veröffentlichung andererseits. In der ersten Tätigkeit sei der Künstler grundsätzlich frei; bringe er sein Werk vor die Öffentlichkeit, so sei darin zugleich eine Meinungsäußerung im Sinne von Art. 5 I GG zu erblicken, so daß er insoweit an die der Meinungsfreiheit in Art. 5 II GG gesetzten Schranken gebunden sei.

Dieses Vorgehen ist abzulehnen. Wenn auch anzuerkennen ist daß Kunst zugleich Meinungsäußerung sein kann (z.B. auf dem

---

1) BVerwG 1, 303 = NJW 1955, 1204

2) JZ 59, 716 ff (718)

Gebiet der bildenden Kunst "Guernica" von Picasso; "Christus mit der Gasmaske" von George Grosz; daneben viele zeitkritische Werke der Literatur), so ist es unvertretbar, solche künstlerischen Gestaltungen aus dem Kunstbegriff der Verfassung auszugrenzen, um sie als einschränkbaren Unterfall der Meinungsäußerung anzusehen. Das Oberverwaltungsgericht Münster zieht den durch nichts zu begründenden Schluß, daß derjenige, dem zwei Freiheiten verbürgt sind, sich nur auf die schwächere der beiden berufen kann. Die dadurch erreichte Fesselung des künstlerischen Schaffens ist nicht nur mit dem eindeutigen Wortlaut von Art. 5 III 1 GG unvereinbar, sondern mißachtet auch den elementaren Auslegungsgrundsatz: Grundrechtsnormen sind so auszulegen, daß sie ihre stärkste Wirkungskraft entfalten[1].

Die "meinungsäußernde" Kunst ist zudem nicht nur eine gewöhnliche Meinungsäußerung in der äußeren Form der Kunst, sondern sie ist umgekehrt ihrem Wesen nach Kunst - wenn auch Kunst besonderen Inhalts. Eine Meinungsäußerung ist also nur e i n e Art des Inhalts, den eine künstlerische Gestaltung aufweisen kann[2]. Daß aber der Inhalt eines Werkes für die Beantwortung der Frage, ob ein Werk "Kunst" im Sinne von Art. 5 III GG ist, außer Betracht zu bleiben hat, wurde schon oben (I 1) festgestellt. Demnach ist die "meinungsäußernde" Kunst gegenüber der allgemeinen Meinungsäußerung ein wesensverschiedenes aliud[3], das sich schon deshalb verfassungsrechtlich nicht etwa an Art. 5 II GG, sondern allein an den Schranken zu orientieren hat, die der Freiheit der Kunst zugeordnet sind.

4. Mit der Feststellung, daß Art. 5 GG selbst keine Schranken aufweist, die sich auf die Freiheit der Kunst übertragen lassen, erhebt sich die Frage nach dem Verhältnis der Kunstfreiheit zu anderen Rechtsprinzipien. Wenn in der

---

1) BVerfG 6, 55 (72); Arndt: Die Kunst im Recht, NJW 1966, 28
2) Erbel a.a.O. S. 97; 129
3) Ropertz a.a.O. S. 105

differenziert geregelten Beschränkungssystematik der Einzelgrundrechte neben Grundrechten mit generellem oder inhaltlich umschriebenem Vorbehalt Grundrechte stehen, die - wie das der Freiheit der Kunst - infolge Fehlens eines solchen Vorbehalts scheinbar völlig schrankenlos sind, so mag angesichts dieses subtil geregelten Systems die Prüfung, ob es Rechte gibt, die es erlauben, sich in jedem Fall auf sie zu berufen, überflüssig erscheinen. Doch wie jedes rechtliche Dürfen, so sind auch die "grundrechtlichen Freiheiten nicht schrankenlos, sondern können aus dem Wesen der staatlichen Gemeinschaft nur mit gewissen allgemeinen Grenzen im Hinblick auf die Rechte anderer und auf die grundlegenden Rechtsgüter der Gesamtheit selbst gedacht werden"[1].

Bei der Suche nach Möglichkeiten der Beschränkung von Art. 5 III 1 GG zwingt die Vorschrift des Art. 20 GG, die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an Gesetz und Recht bindet, zu besonderer Vorsicht, um zu erkennende Grenzen nicht in unbeschränkte Grundrechte hineinzuinterpretieren, sondern ihr Vorhandensein aus dem Verfassungstext zu begründen.

Als einzige Grundrechtsschranke, die ihrer Natur nach geeignet sein könnte, für a l l e Grundrechte zu gelten, bietet sich Art. 2 I 2.Halbsatz des Grundgesetzes an.

a) Den Weg über diese Bestimmung beschreitet die Rechtsprechung in Strafsachen seit der grundlegenden Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofes vom 23.6.1961[2]. Das Gericht geht in diesem Urteil, dem die Prüfung zugrunde liegt, ob ein Kunstwerk Einrichtungen oder Gebräuche einer christlichen Kirche beschimpft (§ 166 StGB), davon aus, daß das Grundrecht der Kunstfreiheit dem sogenannten allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt unterliege, seine Grenze also an den Rechten anderer, an der verfassungsmäßigen Ordnung und am Sittengesetz finde. Die verfassungsmäßige Ordnung in diesem Sinne bestehe aus den Rechtsnormen, die formell und materiell

---

1) Scheuner: Handwerksordnung und Berufsfreiheit,Rechtsgutachten 1956,S. 16 -zitiert nach Maunz-Dürig, Art.2 Rdn. 70 Fußn. 1

2) BGH GA 1961, 240

der Verfassung gemäß seien[1]. Zu ihnen gehöre § 166 StGB. Diese Vorschrift werde aber nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen selbst wieder in seiner das Grundrecht beschränkenden Wirkung eingeschränkt. Dieser Auffassung haben sich das Bayerische Oberste Landesgericht[2] und das Landgericht Hamburg[3] angeschlossen - letztes im Hinblick auf § 184 StGB.

Entscheidend für die Brauchbarkeit von Art. 2 I GG als verfassungsunmittelbare Schranke ist seine Stellung im Grundrechtsgefüge. Hinsichtlich des Verhältnisses dieser Vorschrift zu den ihr nachgeordneten Grundrechten werden unterschiedliche Ansichten vertreten.

b) So wird Art. 2 I GG als das "Stamm-" oder "Mutter"-Freiheitsrecht aller nachfolgenden grundrechtlich garantierten Einzelfreiheitsrechte angesehen, die ihrer Natur nach nichts anderes seien als historisch bedingte und für die praktische Rechtsanwendung notwendige Aufschlüsselungen zum Zwecke der Konkretisierung und Sicherung des "Stamm"-Rechts[4]. Folglich hat die Wertgütertrias aus Art. 2 I GG die Bedeutung einer allen nachfolgenden Grundrechten mitgegebenen immanenten Schrankenregelung.

c) Andererseits wird das in Art. 2 I GG enthaltene subjektiv-öffentliche Recht als das Hauptfreiheitsrecht angesehen, das im Verhältnis zu den nachfolgenden speziellen Freiheitsrechten inhaltlich überall dort zurücktrete, wo sein Freiheitsgehalt thematisch von speziellen Freiheitsrechten "verbraucht" werde[5]. Es behalte aber überall dort seine eigen-

---

1) Der BGH folgt damit der Ansicht des BVerfG in der Entscheidung vom 16.1.1957 (6,32)

2) GA 1964, 208

3) NJW 1963, 675

4) Maunz a.a.O. § 13 II 1 c dd; § 14 I 2; BGHZ 24,72 (78 Mitte) Erbel a.a.O. S. 120 f

5) BVerfG 6, 32; Maunz-Dürig GG Art. 2 Rdn. 6,7 mit weiteren Nachweisen

ständige Bedeutung, wo Erscheinungsformen der Freiheit nicht unter benannte Spezialfreiheitsrechte subsumiert werden können. Geht man von dieser Auffassung aus - daß nämlich die benannten Einzelfreiheitsrechte zu Art. 2 I GG im Verhältnis der Spezialität stehen -, verbietet sich eine Übertragung der Schrankentrias auf die nachfolgenden Grundrechte.

d) Der zweiten Ansicht ist m.E. zu folgen. Art. 2 I GG enthält keinen logischen Obersatz, der dazu zwingt, die positivrechtlich verdeutlichte Verschiedenwertigkeit und Verschiedenrangigkeit der Einzelfreiheitsrechte einzuebnen und mit Art. 2 I GG zu identifizieren[1]; er zwingt nicht dazu, die einzelnen Teilfreiheiten ausnahmslos und unterschiedslos mit den gleichen Schranken zu versehen. Es bleibt der Verfassung unbenommen, spezifische Erscheinungsformen der Freiheit gegenüber Gefährdungen s t ä r k e r als das Hauptfreiheitsrecht vor der Staatsgewalt abzuschirmen. Gegenständlich eng umschriebene Gesetzesvorbehalte sind als rechtserhebliche Aussage g e g e n die Zulässigkeit beliebiger anderweitiger Beschränkungen zu werten. Und erst recht sind fehlende Gesetzesvorbehalte in diesem Sinne zu verstehen. Es ist daher unzulässig, das bewußt subtil geregelte System der Grundrechtsbeschränkungen dadurch aus den Angeln zu heben, daß man das jeweilige positivrechtlich unbeschränkte oder eng umschrieben beschränkbare Grundrecht einfach mit denselben Schranken versieht, die unmittelbar dem eigenständigen subjektiv-öffentlichen Recht des Art. 2 I GG hinzugefügt sind.

aa) Das bedeutet jedoch nicht, daß die Wertgütertrias jener Verfassungsvorschrift - damit also auch der hier in Rede stehende § 184 StGB als Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung" - bei der Auffindung von Kunstfreiheitsschranken völlig unberücksichtigt gelassen werden darf. Zwar sind, wie ausgeführt wurde, die Einzelfreiheitsrechte prinzipiell als Spezialregelungen gegenüber Art. 2 I GG anzusehen; dennoch können sie nicht als von dem Hauptfreiheitsrecht v ö l l i g

1) Maunz-Dürig GG Art. 2 Rdn. 8

isolierte Regelung behandelt werden. Aus Art. 2 I GG lassen sich vielmehr Erkenntnisse für die Auffindung elementarer und allgemeiner Schranken gewinnen, außerhalb derer es im rechtlichen Miteinander der Menschen bei keinem Grundrecht eine zulässige Grundrechtsausübung geben kann. Die Heranziehung des subjektiven Hauptfreiheitsrechts rechtfertigt sich daher, daß in Art. 2 I GG, also am Beginn unserer Verfassung, Grundentscheidungen des objektiven Verfassungsrechts fallen, die auch durch die (scheinbar) als isolierte Sondervorschriften ausgestaltete Spezialregelung nicht wieder gänzlich rückgängig gemacht werden können[1]. Diese Verfassungsentscheidung wirkt zu Lasten einer ungehemmten Freiheit; sie verhindert bei jenen Teilfreiheitsrechten, die positiv-rechtlich unter keinem Gesetzesvorbehalt stehen, eine hemmungslose Grundrechtsausübung. Art. 2 I GG erscheint somit - neben seiner oben erwähnten eigentlichen Bedeutung - als Regulativ des objektiven Verfassungsrechts, das niemals das Extrem "Freiheit ohne Bindung" gestattet. Für alle Grundrechte wirkt der "Soweit"-Satz aus Art. 2 GG mittelbar als "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken"[2]. Allerdings muß der Gefahr begegnet werden, die Schranken genau so weit zu ziehen wie bei der unmittelbaren Anwendung von Art. 2 GG. Die Erkenntnis der rechtlichen Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens war gerade Anlaß der weiteren Untersuchungen.

bb) Die generelle Frage danach, was die in Art. 2 I GG enthaltenen Bereiche "Rechte anderer", "verfassungsmäßige Ordnung" und "Sittengesetz" für die Aufdeckung immanenter Grundrechtsschranken inhaltlich besagen, kann hier dahinstehen. Da Ausgangspunkt der Erörterungen die Schrankenqualität von § 184 StGB für die Freiheit der Kunst war, reicht es aus, die Untersuchungen auf die Verbotsnormen des Strafrechts zu beschränken.

---

1) Maunz-Dürig GG Art. 2 Rdn. 72

2) Maunz-Dürig GG Art. 2 Rdn. 72

Es ist bisher wohl noch nicht behauptet worden, es gehöre zur zulässigen Ausübung irgendeines Grundrechts, beispielsweise Tötungs-, Körperverletzungs-, Sittlichkeits- oder Diebstahlsdelikte zu begehen. Auch wer die Ansicht vertritt, jedes benannte Grundrecht müsse völlig isoliert aus sich selbst heraus interpretiert werden, muß zugeben, daß es infolge Fehlens eines ausdrücklichen Vorbehalts keine mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung zuläßt. Allerdings hat nicht jede Strafnorm schon deshalb, weil sie an ein bestimmtes Verhalten die Unrechtsfolge der Strafe knüpft, die Bedeutung einer immanenten Grundrechtsschranke. Nur die elementare Funktion der Abwehr "asozialen" Verhaltens rechtfertigt die Anerkennung einer strafrechtlichen Verbotsnorm als immanente Grundrechtsschranke[1]. Dagegen können solche Normen diese Anerkennung nicht finden, die den Schutz einer besonderen staatlichen, wirtschaftlichen, sittlichen Ordnung, mit anderen Worten: soziale Gestaltung bezwecken, erzieherische Funktionen wahrnehmen - außer ihre Zulässigkeit ergibt sich aus dem Regelungsvorbehalt des jeweiligen Grundrechts selbst. Die Pönalisierung eines unerwünschten, aber noch nicht schädlichen unsittlichen Verhaltens durch Schaffung einer Strafnorm oder durch extensive Auslegung eines in einer bestehenden Norm enthaltenen, zu seiner Ausfüllung auf außerrechtliche Verhaltensmaßstäbe verweisenden Tatbestandsmerkmale könnte zumindest vor dem Grundrecht der Kunstfreiheit, da ohne positivrechtliche Beschränkung, keinen Bestand haben.

Weiter dürfen durch die Strafbestimmungen keine ideologischen Entscheidungen in das Grundrechtsgefüge hineingetragen werden, vor denen die Grundrechte selbst gerade schützen wollen. Wenn schon für den Begriff der "allgemeinen Gesetze" des Art. 5 II GG nur eine ideologieneutrale Auslegung Platz greifen kann, die es nicht erlaubt, nur wegen der geistigen Zielrichtung durch Gesetz eine Äußerung einzuschränken, dann muß die Forderung nach einer ideologieneutralen Betrachtung für den Bereich von Art.5 III umso mehr gelten[2].

1) Maunz-Dürig GG Art. 5 Rdn. 76

2) Ropertz a.a.O. S. 99; 59

cc) Welche Folgen ergeben sich aus diesen Grundsätzen für die Auslegung von § 184 StGB im Hinblick auf Kunstwerke?

Der Kernpunkt der Auslegung dieser Strafnorm ist die Interpretation des ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmales "unzüchtig"; an dieser Stelle wird über die Beachtung oder Nichtbeachtung der in der Kunstfreiheitsgarantie enthaltenen Wertentscheidung des Grundgesetzes und damit über die Funktion der Vorschrift als einer der Freiheit der Kunst immanenten Grenze entschieden. Zur Beantwortung der Frage, ob eine Abbildung, Darstellung oder Schrift als "unzüchtig" anzusehen ist, wurde bisher auf das Schamempfinden eines fiktiven "Normalmenschen" abgestellt (vgl. § 4 III). Von den erwarteten emotionalen Reaktionen allein dieses kunstfremden Personenkreises würde somit die Eingrenzung "unsittlicher" Kunst durch § 184 StGB abhängen. Wieweit der Spielraum der Kunst angesichts der Bedeutung erotischer Themen für sie durch die Heranziehung des "Normalmenschen" eingeschränkt werden würde, liegt auf der Hand. Es ist ein unabänderliches Faktum, daß jeder Mensch Kunstwerke allein nach dem Maße seiner Einsicht in den Gesamtbereich der Kunst zu beurteilen vermag. Die Bildung von Beurteilungsmaßstäben aber geht in der Masse (zu der der "Normalmensch" gehört) nicht über das Dürftigste hinaus, das allenfalls auf der Ableitung aus dem engen Kreis der populärsten Kunstwerke beruht - zu dem wohl kaum erotische gehören. Die Bestimmung von Kriterien der Beurteilung ist Ausfluß trivialer Reflexionen, die in ihrer Allgemeinheit keine Maßstäbe für die Bewertung des Besonderen, eben auch der erotischen Kunst, hergeben. Im Kern dieser Überlegungen findet sich die Ansicht, es gebe einen für die Erfassung von Kunstwerken durch die Natur vorgegebenen blinden Instinkt. Dieser Irrtum beruht entscheidend auf der Ansicht, Kunstbetrachtung erschöpfe sich in sinnlicher Aufnahme, das heißt darin, das Werk zu sehen, zu hören usw. Nun ist zwar ein Kunstwerk auch ein materielles Objekt, das sich nach außen durch Farbe, Gestalt, Klang darbietet; seine Aufnahme vollzieht sich zunächst durch bloßes Ansehen, Anhören usw.

Doch kann die Kunstbetrachtung naturgemäß dabei nicht stehenbleiben. Denn Kunst ist etwas in erster Linie Verstehbares[1]. Verstehen aber setzt die gründliche Kenntnis und Beachtung all jener Bedingungen voraus, die Kunst zur Kunst werden lassen; Verstehen fordert unter anderem das Wissen um die ganze Spannweite der Themen - auch der erotischen - die dem Künstler bei seiner Gestaltung zur Verfügung steht. An diesen Voraussetzungen fehlt es dem "Normalmenschen". Es erscheint daher kaum möglich, an diesem über die Tatbestandsauslegung von § 184 StGB in die Kunstfreiheit hineinwirkenden Maßstab festzuhalten. Wenn die Kunstfreiheitsgarantie gegenüber jener Strafvorschrift die ihr von der Verfassung zugesprochene Geltung voll entfalten soll, muß die Entscheidung über die "Unzüchtigkeit" eines Kunstwerkes notwendig an dem Empfinden eines Personenkreises ausgerichtet werden, der der Kunst näher steht als der "Normalmensch". Diese allgemeinen Grundsätze werden an späterer Stelle (§ 8) zur genauen Umgrenzung eines neuen Maßstabes heranzuziehen sein.

---

1) "... ist aber das Kunstwerk nicht nur für die sinnliche Auffassung, als sinnlicher Gegenstand, sondern seine Stellung ist von der Art, daß es als Sinnliches zugleich wesentlich für den G e i s t ist,..." (Hegel: Ästhetik I, S. 45)

§ 7

Berücksichtigung des Kunstwertes in Rechtsprechung und Lehre

Ging es im fünften Kapitel um die Frage, wie weit die Darstellung obszöner Inhalte auf die Qualifizierung eines Werkes als Kunst einwirkt, so steht hier die Prüfung an, wie weit umgekehrt die künstlerische Gestaltung seine rechtliche Abwertung als "unzüchtig" beeinflußt. Dabei werden die praktischen Folgerungen aus der Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung zu ziehen sein.

Es hat in Rechtsprechung und Schrifttum nicht an Versuchen gefehlt, den Bezirk der Kunst von den strafrechtlichen Folgen des § 184 StGB ganz oder doch weitgehend auszunehmen. Allen Lösungsversuchen war dabei gemeinsam, daß sie über die Frage nach der Unzüchtigkeit des zu beurteilenden Kunstwerkes das Schamgefühl des gedachten "Normalmenschen" entscheiden ließen[1].

A. Absolute Freiheit für die Kunst

Der Standpunkt, Werken der Kunst ohne Rücksicht auf ihren etwa erkennbaren Rang und unabhängig davon, welcher Art ihr Inhalt auch sein mag, absolute Straffreiheit zu gewähren, wird heute in Rechtsprechung und Schrifttum nirgends vertreten. Schon das Reichsgericht[2] trat ausdrücklich dem Versuch des Landgerichts Berlin entgegen, ihm zu unterstellen, es habe anerkannt, daß bei einem Kunstwerk der Begriff des Unzüchtigen nicht anwendbar sei. Auch Mezger hält es für verfehlt, anzunehmen, ein Kunstwerk im weitesten Sinne, ein mit künstlerischen Mitteln künstlerische Zwecke verfolgendes Werk, könne niemals unzüchtig sein[3]. Ebenso vertritt Maurach die Ansicht, die heutige relativierende Betrachtung der Kunst

---

1) Der vom BGH im Urteil vom 23.6.1961 (GA 1961,240) erstmals eingeführte neue Maßstab,der in der Folgezeit von den unteren Gerichten und vom Schrifttum übernommen wurde,soll hier zunächst außer Betracht bleiben und später gesondert erörtert werden.

2) RG 37, 315

3) Mezger LK § 184 Anm. 3

müsse auch die Möglichkeit des Vorhandenseins unzüchtiger Kunstwerke in Betracht ziehen[1].

I. Doch finden sich Anklänge an die gegenteilige Auffassung in Diskussionsbeiträgen von Mitgliedern der Großen Strafrechtskommission in der 83.Sitzung. So äußerte sich Lackner[2] dahin, daß bei Kunstwerken "wegen des künstlerischen Gehalts das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl nicht verletzt" werde. Im gleichen Sinne meinte Bockelmann[2]: "Es (das Kunstwerk) mag zwar das Scham- und Sittlichkeitsempfinden ...verletzen, aber weil es Kunst ist, kann es nicht unzüchtig sein". Um eine Begründung für diese apodiktisch im Raum stehenden Behauptungen zu erhalten, müssen wir auf vor Jahrzehnten geäußerte ähnliche Ansichten zurückgreifen. So vertrat Kohler[3] die Auffassung: "Eine wahrhaft künstlerische Produktion ist stets sittlich..." Dem folgte Levin[4]: "Die echte Kunst übt eine sittliche Wirkung auch dann aus, wenn etwas Gemeines oder Niedriges den Vorwurf der künstlerischen Darstellung bildet".

Auch nach diesen Ansichten ist - was in allen Fällen der Kollision von Kunst und Strafrecht geschehen muß - der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit eines bestimmten Werkes die Untersuchung vorgeschaltet, ob es als Kunstwerk zu qualifizieren ist. Die Besonderheit liegt hier darin, daß die weitere Prüfung, ob es sich um ein unzüchtiges Werk handelt, unterbleiben muß, wenn die Frage nach dem Kunstwerk positiv beantwortet wird. Für den Künstler gäbe es folglich bei der Wahl des abzubildenden oder zu beschreibenden Gegenstandes keinerlei Beschränkungen - vorausgesetzt nur, das entstandene Werk ist ein "wahrhaft künstlerisches Produkt".

---

1) Maurach BT § 50 VB 1 b

2) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd. 8 S. 248

3) Das Sinnliche und das Unsittliche in der Kunst,ZStW 7, 47 (60)

4) Zum Problem des unzüchtigen Werkes, S. 55

Diese Konsequenz zog jedoch Levin nicht, sondern ließ es dahingestellt, "ob alles Mögliche künstlerisch dargestellt werden kann, ob der Künstler imstande ist, alles, was es im Leben Anstößiges und Unzüchtiges gibt, der Wirklichkeit zu entrücken und in die ästhetische Idealität emporzuheben"[1].

Für Kohler wird die Grenze des Darstellbaren dann überschritten, wenn das Werk "gemein" ist. "Gemein" aber sei ein Sinnliches ohne das Streben der Vergeistigung, ohne dasjenige, was ihm "Adel und Würde" verleihe. Dieses "Gemeine" - nicht zu verwechseln mit der Darstellung des Gemeinen - läge außerhalb der "wahren Kunst". Dabei kam es Kohler nicht auf den besonderen Grad der Vollkommenheit der Schöpfung an; auch das Werk mit künstlerischer Tendenz, d.h. mit der Tendenz nach dem Geistigen, sei ein sittliches, sollte es auch ein verunglücktes Machwerk sein.

II. Die These der begrifflichen Unvereinbarkeit von Kunst und Unzüchtigkeit beruht also im Kern auf zwei Überlegungen: einmal darauf, bei einem Kunstwerk überwiege die künstlerische Tendenz so sehr, daß, was sonst in geschlechtlicher Beziehung als schamverletzend gelten müßte, durch die zum Ausdruck gebrachte Idee oder die künstlerische Form diesen Charakter verliere, und damit die Tatbestandsmäßigkeit ausscheide. Das ist der Versuch, mit Hilfe der Ästhetik das moralisch Verurteilte zu retten - ausgehend von der Prämisse, die Kunst kompensiere, sublimiere die abgebildeten oder geschilderten geschlechtlichen Vorgänge. Der Maler Emil Orlik[2] fand dafür den Satz: "Ein Beischlaf, von Rembrandt gezeichnet, ist ein moralisches Kunstwerk". Diese weitgehende Konsequenz zog Kohler nicht, der es allerdings vermied, ausdrücklich auf diese Frage einzugehen. Doch sprach Konrad Lange[3] in seinem Sinne, als er sagte: "Gewisse Dinge kann

1) Levin a.a.O. S. 55
2) Zitiert nach Marcuse: "Obszön" S. 44
3) Das Nackte in der Kunst, S. 17

man nun einmal nicht darstellen, weil keine Kunst der Welt imstande wäre, sie in eine ideale Sphäre emporzuheben".

Zum anderen machte die Erkenntnis, daß es unmöglich sei, di Ausgangsthese "Kunst ist stets moralisch" schrankenlos durchzu führen, die Konzeption eines Kunstbegriffes erforderlich, der dadurch, daß er bei der Frage nach dem Kunstwert eines Werkes ein Kriterium wie "Adel und Würde" zum Maßstab erhebt, das Obszöne unterhalb einer gewissen Grenze aus dem Bereich der Kunst eliminiert. Es ist kaum denkbar, daß homosexuelle Betätigungen in der Weise geschildert werden können, daß sie nach Kohlers Auffassung die Charakterisierung verdienten, mit "Adel und Würde" beschrieben zu sein. Derartige thematische Vorwürfe werden mit Hilfe jenes Kriteriums ausgeschieden und sind im verbleibenden Restbereich der Kunst nicht mehr enthalten. Wie anders ist es auch sonst erklärbar, wenn Levin davon spricht, echte Kunst sei sittlich, was immer sie auch darstelle, auf der anderen Seite aber dahingestellt sein läßt, "ob alles Mögliche abgebildet oder behandelt werden kann". Kunst ist sonach nur das, was sich auf das "Darstellbare" beschränkt. Von diesem Standpunkt aus erscheint die daraus resultierende These von der sittlichen Wirkung der Kunst durchaus folgerichtig. Ihr liegt jedoch die teleologische Konstruktion des Begriffs "Kunst" im Hinblick auf ein angestrebtes, durch Auslegung von § 184 StGB nicht zu erreichendes Ergebnis zugrunde; der eigentlichen Subsumtion wird eine Korrektur des Kunstbegriffs vorgeschaltet. Da aber das Merkmal "unzüchtig" (im untechnischen Sinne) ein zur Feststellung des Kunstwertes ungeeignetes Kriterium ist, kann es nicht gebilligt werden, wenn Abbildungen oder Schriften, die von § 184 StGB erfaßt werden könnten, von vornherein aus dem künstlerischen Bereich ausgeschieden werden.

Die oben angeschnittene Frage, ob der Kunst eine die dargestellten sexuellen Vorgänge sublimierende oder kompensierende Wirkung zukommt, wird im folgenden Abschnitt erörtert werden.

B. Die in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrschenden Lösungsversuche

Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts konnten auch Kunstwerke vom Tatbestandsmerkmal unzüchtig erfaßt werden. Dabei kam es auf deren objektive Eignung[1] zur Verletzung des Schamgefühls des als Maßstab dienenden "Normalmenschen", nicht eines besonders sachverständigen Betrachters an[2].

I. Zwei Gruppen von Werken gilt es nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auseinanderzuhalten: Zur einen gehören die "Werke der Kunst", zur anderen die "Kunstwerke in des Wortes höchster Bedeutung". Das Reichsgericht[3] führte aus: "Es kann nicht die Rede davon sein, daß jedes Werk der Kunst schon deshalb, weil es überhaupt eine Kunsttechnik aufweist und künstlerischen Zielen nachgeht, dem Bereich des Unzüchtigen entrückt sein müsse. Ein Kunstwerk in des Wortes höchster Bedeutung wird freilich nicht unzüchtig sein, wohl aber gibt es unzüchtige Werke der Kunst". Die "Werke der Kunst" erfüllen den Tatbestand von § 184 StGB nur dann nicht, wenn bei ihnen die "Darbietung des grob Sinnlichen... durch die vorherrschende künstlerische Idee dermaßen in den Hintergrund gedrängt wird, daß das normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl des Beschauers nicht verletzt wird", wenn sie das, was sonst in geschlechtlicher Hinsicht als schamverletzend gelten müßte, "bis zu dem Grad vergeistigen und verklären (an anderer Stelle wird auch von "veredeln" gesprochen), daß für das natürliche ästhetische Gefühl die sinnliche Empfindung durch die interesselose Freude am Schönen zurückgedrängt wird[4]". Unzüchtig seien dagegen auch solche Werke, die "hohe

---

1) RG 44, 178; zur Frage der objektiven Eignung vgl. C I - IV

2) RG DRiZ 1927, Rechtsprechung Spalte 54

3) RG 37, 315

4) RG 24, 367; 56, 176; Das Reichsgericht, das jene Wendung häufig benutzt, verschweigt, daß es damit auf Kant zurückgreift, der in der "Kritik der Urteilskraft" das Interesse als ein die rein ästhetische Betrachtung hinderndes Moment ansieht.

geistige Durcharbeitung und äußere Vollendung der Form" aufwiesen, sofern die "besonderen Mittel oder Begleiterscheinungen der Darbietung bei dem Beschauer den reinen Genuß des Schönen zurückdrängen und geschlechtliche Reizung oder Befriedigung mit sich bringen[1]". Der künstlerische Wert soll nicht berücksichtigt werden. "Die technische Vollkommenheit und der Kunstwert schließen nicht eine unzüchtige Darstellung aus"[2]. Doch wurde an anderer Stelle ausgeführt, entscheidend sei allein der Grad der künstlerischen Vollendung, welche die Darstellung erreicht habe[3]. Fehle die reinigende künstlerische Form, so sei nur noch der Gegenstand selbst und nicht mehr die Darstellung für das Urteil maßgebend.

II. Auch die neuere Rechtsprechung zieht bei der Kollision von Kunst mit dem in § 184 StGB geschützten Rechtsgut weiterhin die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze heran. So vertritt das Landgericht Hamburg[4] im Falle des Buches "Notre Dame des Fleurs" von Jean Genet die Ansicht, die abstoßenden ekelerregenden Stellen des Buches würden durch die das Gesamtwerk auszeichnende besondere lyrische Ausdrucksfähigkeit des Dichters, die sich selbst an derartigen Stellen finde, sowie durch eine an düstere Roheit grenzende, jedoch großartige Poesie derart in den Hintergrund gedrängt, daß die sittengefährdenden Vorgänge sowohl hinter der literarischen Bedeutung des Schriftwerkes weit zurücktreten, als auch durch die außerordentlichen Schwierigkeiten in der Ausdeutbarkeit des Gesamtwerkes weitgehend verdeckt blieben und in ihrer Schärfe abgeschwächt würden. Diese Stellen erschienen dem kunstinteressierten Leser demnach aus der Gesamtschau derartig veredelt, vergeistigt und verklärt, daß eine Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls vermieden werde .

---

1) RG DRiZ 1927, Rechtsprechung Spalte 54

2) RG 37, 315

3) RG 24, 367 - Dieser Widerspruch resultiert daraus, daß das Reichsgericht die Begriffe "veredeln" und "verklären", mit denen es die das Unzüchtige kompensierende Kraft der Kunst umschrieb, in jener Entscheidung als Kriterien für die Feststellung des Kunstwertes heranzog.

4) NJW 1963, 675

Der Bundesgerichtshof[1] billigte die Argumentation des Landgerichts Berlin - wenn er auch das Urteil der Strafkammer aus anderen Gründen aufhob - hinsichtlich zweier Bilder des Malers Baselitz, die jeweils "eine männliche Person mit einem überlebensgroßen und, bei dem 'Nackten Mann' mehr, auf dem Bilde 'Die große Nacht im Eimer' etwas weniger erigierten Penis" darstellen. Die Strafkammer hatte den - auf die zu beurteilenden Werke als nicht zutreffend erachteten - Grundsatz aufgestellt, der abgebildete anstößige Gegenstand oder Vorgang könne durch die Art und Weise der künstlerischen Darstellung weitgehend sublimiert wirken, so daß der abstrakte Symbolgehalt vorherrsche. Auch das Schweizerische Bundesgericht[2] führte zu der Frage aus, selbst in einem Werk, das einen Vorgang geschlechtlicher Art zur Darstellung bringe, könne die ästhetische Wirkung so überwiegen, daß das Bild seinen unzüchtigen Charakter durch die künstlerische Gestaltung verliere.

III. Während die Gedanken des Reichsgerichts von einem Teil des Schrifttums aufgegeben worden sind[3], hält Mezger[4] an der reichsgerichtlichen Terminologie fest, unter Übernahme selbst der unterschiedlichen Behandlung von "Kunstwerken in des Wortes höchster Bedeutung" und den "Werken der Kunst". Neuerdings hat Leiss[5] die Gedanken des Reichsgerichts fortzuentwickeln versucht. Doch auch er verzichtet nicht auf die Differenzierung zwischen "Kunstwerken in des Wortes höchster Bedeutung" und "Werken der Kunst". Während die erste Gruppe dem Eingriff des Strafgesetzes schlechthin entrückt sein soll, wird die zweite nur dann geschützt, wenn die künstlerische Gestaltung geeignet ist, die geschlechtlichen Vorgänge bis zu

---

1) BGH NJW 1965, 983

2) BGE 86 IV 19

3) Maurach BT § 50 V B 1 b; Schönke-Schröder § 184 Anm. 6-8; Ott: Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, NJW 1963, 617

4) LK § 184 Anm. 3; wie Mezger auch Schwarz-Dreher § 184 Anm. 1 A c

5) Leiß: Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, NJW 1962, 2323

dem Grade zu durchgeistigen und zu verklären, daß für das natürliche ästhetische Gefühl die sinnliche Empfindung durch die interesselose Freude am Schönen zurückgedrängt wird. Ebensowenig wird auf die Kriterien des "Durchgeistigens", "Veredelns" und "Verklärens" verzichtet.

Leiß bemüht sich, diese Begriffe so zu interpretieren, daß sie der Anwendung auch auf werke zeitgenössischer Kunstströmungen nicht entgegenstehen. "Durchgeistigen" sei die schöpferische Tätigkeit des Menschen, die Überwindung alles Zufälligen, die mehr oder minder große Entfernung von der erfahrbaren Wirklichkeit. Aus dem Begriff ergebe sich die Forderung nach einer über das Vordergründige hinausgehenden Sinngebung durch den Künstler, einer Verdichtung vielschichtiger Inhalte, einer dem dargestellten Gegenstand gemäßen Formgebung, einer sinn- und planvollen Anordnung oder Gliederung des Stoffes, wo eine solche geboten ist.

Unter "Veredeln" sei die Unterordnung unter das Gesetz der Schönheit zu verstehen, selbst wenn es sich um die Schilderung von Häßlichem, Schrecklichem, Erregendem handle. Die "Veredelung" bestehe darin, dem darzustellenden Gegenstand die ihm gemäße Form zu geben.

Durch den Begriff des "Verklärens" schließlich will Leiß den christlichen Glauben als Faktor bei der Feststellung der Kunsteigenschaft berücksichtigt wissen.

IV. Gegen die Auffassung des Reichsgerichts und ihre Fortentwicklung durch Leiß sind erhebliche Bedenken vorzubringen.

1. Zunächst muß die Differenzierung zwischen "Kunstwerken in des Wortes höchster Bedeutung" und "Werken der Kunst" als nicht praktikabel verworfen werden. Das Reichsgericht hat niemals dargetan, wie sie sich in ihrem Wesen voneinander unterscheiden und auf Grund welcher Erwägungen ein Werk entweder der einen oder anderen Gruppe zuzuordnen wäre. Das muß auch Leiß anerkennen - und benutzt diese Terminologie dennoch. Es ist nahezu unmöglich, eine derartige Rangordnung

aufzustellen; macht schon - wie ausgeführt wurde - die Abgrenzung zwischen Kunst und Nicht-Kunst erhebliche Schwierigkeiten, so ist letztlich der Rang eines Kunstwerkes noch weniger beweisbar. Gerade angesichts der Werke zeitgenössischer Strömungen, die vornehmlich Gegenstand richterlicher Beurteilung sind, erscheint die Möglichkeit der Aufstellung gültiger Kategorien und Wertskalen zweifelhaft. In geringerem Ausmaß gilt das schon für die Kunst der Vergangenheit, deren Bewertung oft von Generation zu Generation schwankt. Die Geschichte der Ästhetik ist angefüllt mit Revisionen früherer Meinungen.

Auch aus rechtlichen Erwägungen ergibt sich, daß jene Differenzierung nicht aufrechterhalten werden kann. Art. 5 III GG verbietet die Einstufung des zu begutachtenden Werkes in eine Wertskala, da der grundgesetzliche Schutzbereich sich nicht nur auf kunstwerterfüllende, auf Kunstwerke im höheren Sinne erstreckt, sondern gleichermaßen auf alle die Ergebnisse künstlerischer Tätigkeit, die erkennbar eine Beziehung zu ästhetischen Gesetzen aufweisen. Somit ist kein Raum mehr für die Feststellung und Berücksichtigung des Grades der künstlerischen Vollendung eines Werkes. Seine strafrechtliche Beurteilung hat vielmehr nach dem vom Grundgesetz garantierten Wesen der Kunst zu erfolgen, nicht nach seinem Wert innerhalb einer zweifelhaften Rangordnung.

2. Zudem ist nicht überzeugend, warum "Kunstwerke im höheren Sinne" nicht unzüchtig sein können. Leiß[1] und Mezger[2] begründen das - im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts, für die die folgenden Ausführungen daher gleichermaßen gelten - damit, daß die künstlerische Tendenz und Wirkung hier so überwiege, daß, was sonst in geschlechtlicher Hinsicht als schamverletzend gelten müßte, durch die zum Ausdruck gebrachte Idee diesen Charakter verliere. Anders ausgedrückt: die "hohe" Kunst kompensiere die Unzüch-

1) a.a.O. S. 2324
2) LK § 184 Anm. 3

tigkeit der beschriebenen oder abgebildeten Vorgänge. Folglich käme es für diese Gruppe von Werken nicht auf den Inhalt oder Gegenstand an; sie wären von vornherein den Sanktionen von § 184 StGB entzogen. Diese Auffassung läuft auf das gleiche Ergebnis hinaus, wie die von Kohler und Levin vertretene der begrifflichen Unvereinbarkeit von "Kunst" und "unzüchtig". Nur ist diese auf den Ausschnitt "hohe" Kunst beschränkt und gilt gleichsam nur auf oberster Ebene, während jene sich den Anschein der Allgemeingültigkeit gibt. Beide Ansichten können aber, trotz unterschiedlicher Akzentuierung und Formulierung, auf den gleichen Ausgangspunkt zurückgeführt werden: Sie basieren auf einer vorgeblich die geschlechtlichen Vorgänge kompensierenden, sublimierenden Wirkung der Kunst.

Die gleiche Auffassung liegt auch der Behandlung jener anderen Gruppe der "Werke der Kunst" zugrunde. Hier muß die Zurückdrängung der sinnlichen Empfindung durch die "interesselose Freude am Schönen" ausdrücklich festgestellt werden, während diese Wirkung bei der "hohen" Kunst quasi unwiderlegbar vermutet wird. Es ist hier der Ort, auf die den erwähnten Ansichten gemeinsame Prämisse einzugehen. Dem Landgericht Berlin[1)] ist zuzustimmen: der abgebildete anstößige Gegenstand, der geschilderte Inhalt k a n n durch die Art und Weise der künstlerischen Behandlung weitgehend sublimiert wirken. Die Kunst k a n n distanzieren, dämpfen, doch ist diese Wirkung völlig unabhängig vom Rang des Kunstwerkes und weder auf "Kunstwerke im höheren Sinne" beschränkt noch notwendig mit ihnen verbunden. Sie kommt beim "Kunstwerk in des Wortes höchster Bedeutung" ebenso vor wie beim "Werk der Kunst".

Andererseits kann die besonders hochstehende Darstellungsweise des Künstlers von einer Eindringlichkeit sein, die kraftloseren Werken, erst recht Produkten der Pornographie, gerade fehlt; sie rückt näher, steigert die Wirkung; statt zu verfremden, spricht sie unmittelbar an; statt die sinnliche Empfindung durch die "interesselose Freude am Schönen"

---

1) zitiert bei BGH NJW 1965, 983

zurückzudrängen, steigert sie das Erleben. Die Sprache der Pornographie stößt ab, die des Dichters mit ihrem Reichtum an Nuancen und Feinheiten kann ein Interesse gerade erst wecken.

Handelt es sich um die Darstellung des Anarchischen, des Abstoßenden, des Ekelerregenden, so intensiviert sich dessen Wirkung mit dem Können des Malers, des Schriftstellers. Man wird aber dem Werk nicht gerecht, in diesen Fällen - wie es das Landgericht Hamburg mit widersprüchlicher Argumentation getan hat[1] - auf der einen Seite die besondere Ausdrucksfähigkeit des Dichters, seine an "düstere Roheit grenzende, jedoch großartige Poesie" rühmend hervorzuheben und der Schöpfung gerade wegen der Intensivierung des Schreckens, des Entsetzens und des Exzesses einen "kaum zu übertreffenden Grad künstlerischer Größe und Reife" zuzugestehen, auf der anderen Seite das derart zum Ausdruck Gebrachte als in den Hintergrund gedrängt anzusehen. Das besondere Vermögen des Künstlers, das die Aussage so ungeheuer eindringlich macht, soll deren Wirkung gleichzeitig wieder kompensieren.

Diese inkonsequente Methode bewertet zudem allein das Formale und läßt unberücksichtigt, daß die Form nicht Selbstzweck ist (von gänzlich abstrakten Strömungen abgesehen), sondern auch um des Inhalts willen existiert. Dieser Inhalt soll vom Leser oder Betrachter erlebt werden - das fordert die Kunst als eine sich an ein Gegenüber wendende Mitteilung. Die Größe und Bedeutung eines Werkes wird nicht zuletzt daran gemessen, wie intensiv seine suggestive Wirkung ist - jedenfalls solange, als es sich um indifferente Inhalte und Gegenstände handelt. Bei erotischen Motiven jedoch wertet man nur noch die Form, Kriterium ist die "interesselose Freude am Schönen". Wenn Kunst aber aus Form und aus Inhalt besteht, dann wird man ihr nicht dadurch gerecht, daß man sich bei erotischen Motiven auf eine bloß formal-ästhetisierende Betrachtungsweise zurückzieht.

3. Das erscheint ebenso unhaltbar, wie im Zusammenhang mit Genets "Notre Dame des Fleurs"[2], Millers "Wendekreis des

1) NJW 1963, 675

2) Das soll nicht heißen, daß dem Ergebnis (Freispruch) nicht zugestimmt wird. Allein der Begründung kann nicht gefolgt werden.

Krebses" oder Joyces "Ulysses" von Veredelung oder Verklärung zu sprechen. Angesichts der in diesen Werken enthaltenen Schilderungen aus der Sexualsphäre müssen derartige Kriterien versagen. Ob die Kunst jemals die vom Reichsgericht genannten Ziele gehabt hat, mag hier dahinstehen; jedenfalls bestehen diese heute nicht mehr, da anerkannt ist, daß die Kunst auch das Abstoßende und Schreckliche wiederzugeben hat[1].

Auch dem Versuch von Leiß, diesen Begriffen einen zeitgenössischen Kunstrichtungen gerecht werdenden Inhalt zu geben, kann - sieht man vom Merkmal "Durchgeistigen" ab, das sich annähernd mit der hier vertretenen Kunstauffassung deckt[2] - nicht zugestimmt werden. Zwar ist der Wille anzuerkennen, den Vorstößen der modernen Kunst in ungewohnte Bereiche Rechnung zu tragen. Trotz zum Teil richtiger Aussagen über das Wesen der Kunst ist der Begriff des "Veredelns" dazu höchst ungeeignet und auch mißverständlich, weil sich mit ihm Vorstellungen verbinden, die in die Richtung der anachronistischen Forderung nach dem Kunstschönen tendieren. Auch um das Postulat der Formgebung aufzustellen, bedarf es jenes Begriffes nicht.

4. Vollends abzulehnen ist die Heranziehung des christlichen Glaubens als Faktor zur Feststellung der Kunsteigenschaft. Mit Recht sagt Ott[3], daß schon die Tatsache der Existenz nichtchristlicher Kunst ein derartiges Vorgehen verbietet. Selbstverständlich kann nicht geleugnet werden, daß

---

1) Solange durch Begriffe wie "veredeln" und "verklären" die Aufgabe der Kunst ausgedrückt wurde, mag sogar - wie ausgeführt wurde - die Auffassung berechtigt sein, daß Kunst und unzüchtig sich begrifflich ausschließen. Das aber war nur eine Scheinlösung und dem Wesen der Kunst widersprechend.

2) Gegen den Inhalt des Begriffs "durchgeistigen" wendet sich Ott (NJW 1963, 617), da das Kriterium des Schöpferischen angesichts der nach dem Gesetz des Zufalls entstandenen Produkte problematisch sei. Wenn der Begriff "durchgeistigen" selbst hier nicht mehr verwendet werden soll, so können doch diese Bedenken Otts nicht geteilt werden. Es wird daran festgehalten, daß Kunst Ausfluß schöpferischen Vermögens ist.

3) Ott: "Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst" NJW 1963, 617, 620

ein Großteil des europäischen Denkens und damit auch die Kunst, die ein Teil dieses Denkens ist, historisch auf dem Christentum beruht. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß das christlich-abendländische Geistesleben seine Quellen im heidnischen Griechenland hat. Werke jener historischen Epochen wurden von allen christlichen Zeitaltern als Kunstwerke höchsten Ranges angesehen, während solche, die den eigenen christlichen Gehalt aufwiesen, als unkünstlerisch abgelehnt werden konnten. Der christliche Glaube hat für die Kunst also nicht die Bedeutung einer conditio sine qua non.

Auch die vom Grundgesetz garantierte Freiheit der Kunst verbietet die Orientierung am christlichen Glauben. Wenn es dem einzelnen frei steht, sich zu nichtchristlichen Religionen oder gar zum Atheismus zu bekennen, so muß es toleriert werden, daß eine andersartige Weltanschauung im Kunstwerk ihren Niederschlag findet.

V. Zusammenfassend läßt sich sagen: Einem Kunstwerk kann im Einzelfall eine sublimierende Wirkung innewohnen, doch ist sie vom Kunstwerk völlig unabhängig. Ergibt sich daraus die Unrichtigkeit einer nach dem Kunstwert differenzierenden Behandlung, so folgt aus dem Inhalt der vom Grundgesetz garantierten Kunstfreiheit deren rechtliche Unzulässigkeit. Weiterhin kann an den starren schlagwortartigen und deshalb zur Erfassung des komplexen Gebildes "Kunst" ungeeigneten Begriffen des "Veredelns" und "Verklärens" nicht länger festgehalten werden. Die Unbrauchbarkeit dieser Maßstäbe ergibt sich aus dem Wesen der Kunst, wie es an früherer Stelle dargelegt wurde und wie es vom Grundgesetz garantiert wird.

C. Die Forderung nach Berücksichtigung von Absichten und Tendenzen des Künstlers zur Abgrenzung gegenüber der Pornographie

Aus der Kollision von Werken der Kunst mit dem Schamgefühl resultiert ein weiteres Problem. Unzüchtig - das war der Ausgangspunkt - sollte eine Schrift usw. dann sein, wenn sie sich

zur Verletzung des Schamgefühls eines normalempfindenden Menschen in geschlechtlicher Hinsicht eignet. Darin kommt eine rein objektive Eignung zum Ausdruck.

I. Mit Recht stellt Welzel[1] fest, daß diese Eignung auch einem "ernsten" künstlerischen Werk zukommen könne, das "wegen seines künstlerischen Zweckes nicht unzüchtig" sei. Deshalb wird in verschiedenen Formen ein subjektives Kriterium gefordert, um künstlerische (und wissenschaftliche) Äußerungen, denen die Absicht, der Freude am Obszönen zu genügen, fernliege, von der Pornographie ab- und damit aus dem Bereich des Tatbestandes von § 184 StGB auszugrenzen. Über den Inhalt des subjektiven Kriteriums, ob nur Tendenz oder gar Absicht, besteht keine Einigkeit: So soll die unzüchtige Schrift usw. "auf Erregung des Geschlechtstriebes gerichtet"[2] sein; nach Gerland[3] muß der "Inhalt auf Erregung des Geschlechtstriebes abgestellt" sein. Frank[4] fordert die "Absicht, einen geschlechtlichen Reiz hervorzurufen oder der Freude am geschlechtlichen Obszönen zu genügen". Welzel[5] erachtet die Unzüchtigkeit für gegeben, wenn das Werk das "durchschnittlich maßgebende (normale) sexuelle Schamgefühl gröblich verletzt u n d auf sexuelle Erregung abgestellt ist". Mezger[6] verbindet das subjektive mit dem objektiven Moment und fordert eine in der Schrift verkörperte Tendenz zu sexueller Erregung.

Der entgegengesetzte Standpunkt, daß die bloße objektive Eignung zur Schamverletzung genüge, wird vom überwiegenden Teil des Schrifttums - meist ohne nähere Begründung -vertreten[7]

---

1) Lehrbuch S. 402; vgl. auch § 3 II 4 der Arbeit

2) Liszt-Schmidt Lehrbuch S. 558

3) Gerland Reichsstrafrecht S. 317

4) Frank Strafgesetzbuch S. 412

5) a.a.O.

6) Mezger LK § 184 Anm. 3; Mezger-Blei StuB II S. 94

7) Kohlrausch-Lange § 184 Anm. III; Lazarus a.a.O. S. 47; Maurach BT § 50 V B 1 b; Olshausen § 184 Anm. 2 b; Peters, JR 50, 97 (98); Schönke-Schröder § 184 Anm. 4; Schwarz-Dreher § 184 Anm. 1 A

Die Einstellung des Reichsgerichts zu diesem Punkt war schwankend. Es ging davon aus, daß Zweck und Tendenz einer Schrift usw. für die Frage der Unzüchtigkeit zwar nicht entscheidend zu sein brauchten, aber von ausschlaggebender Bedeutung sein könnten[1]. Demgemäß kam es zu unterschiedlichen Ergebnissen[2], wenn auch jenes Tatbestandsmerkmal überwiegend im objektiven Sinne ausgelegt wurde. In mehreren Entscheidungen wurde der Standpunkt der objektiven Eignung unmißverständlich zum Ausdruck gebracht[3]: Es komme nicht darauf an, ob mit der Darbietung der Zweck verfolgt werde..., die Lüsternheit anzureizen, als vielmehr darauf, ob die Darstellung geeignet sei, das Schamgefühl zu verletzen. Allerdings macht sich in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung die Tendenz bemerkbar, die Unterschiede zwischen der Subjektivität des Urhebers einer Abbildung oder Schrift und der Subjektivität des Verbreiters zu verwischen. Allein der erste Fall ist Gegenstand der Erörterungen, der zweite wird im Rahmen der sogenannten "relativen Unzüchtigkeit" zu behandeln sein.

Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung hat zu dem Fragenkreis noch nicht ausdrücklich Stellung genommen, macht aber die objektive Eignung zur Grundlage ihrer Entscheidungen[4]. Dagegen deutet die Formulierung des Landgerichts Hamburg[5] bezüglich Genets "Notre Dame des Fleurs", der Künstler verfolge "offensichtlich nicht die Absicht, mit seinem Werk die Lust des Lesers an abnormer Sexualbetätigung zu erregen oder das Böse mit dem Ziel der Nachahmung zu glorifizieren, sondern den Zweck, sich mit der Möglichkeit der Rechtfertigung und der Unschuld des Bösen auseinanderzusetzen", auf die Berücksichtigung der subjektiven Seite hin. Unmittelbar darauf fährt das

---

1) RG GA 52, 85

2) Berücksichtigung der Tendenz in RG 30, 378

3) RG 27, 115; 37, 316; 44, 178; 56, 176; DRiZ 1927 II.Teil Spalte 54

4) OLG Oldenburg JR 52, 113; BGH 5, 346

5) NJW 1963, 675 -überhaupt erscheint es,gemessen an den tatsächlichen Wirkungen des Romanes "Notre Dame des Fleurs", lebensfremd,die Absicht zur Erregung abnormer Sexualbetätigung auch nur zu vermuten,kann man doch bei derartigen Werken eher einen ausgeprägten anti-erotischen Effekt feststellen.

Gericht dann fort: "...mag auch die Absicht oder Bestimmung des Schaffenden für die Frage, ob sein Werk als unzüchtig[1] anzusprechen ist, in der Regel unbeachtlich sein."

II. Zunächst sei hervorgehoben, daß es sich bei der hier aufgeworfenen Frage nicht um das Problem der sogenannten "subjektiven Unrechtselemente" handelt. Es mag richtig sein, daß eine unzüchtige H a n d l u n g nur die von subjektiv wollüstiger Tendenz getragene Verletzung des Schamgefühls ist. Diese Tendenz als subjektives Unrechtselement muß in der Person des Handelnden vorliegen. Täter i.S. von § 184 StGB ist aber nicht der Schöpfer des Werkes (um dessen Absichten es hier geht), sondern immer nur der Verkäufer, Verteiler, Verbreiter usw. Wollte man zur Verwirklichung des Tatbestandes von § 184 StGB subjektive Unrechtselemente fordern, müßten diese daher mit den Tathandlungen des Verkaufens, Verteilens, Verbreitens usw. verknüpft sein. Da der Schöpfer als solcher nicht Täter des § 184 StGB ist[2], sind die in seiner Person vorhandenen Absichten oder Tendenzen im Sinne der subjektiven Unrechtselemente bedeutungslos.

III. Die Forderung nach einem subjektiven Kriterium in Form einer in der Schrift usw. verkörperten Tendenz oder gar Absicht zu sexueller Erregung ist schon deshalb abzulehnen, weil mit seiner Hilfe eine Grenzziehung zwischen Kunst und Pornographie nicht möglich ist. Die unausgesprochene notwendige Prämisse, daß künstlerischen Äußerungen niemals die Tendenz zu sinnlicher Reizung zugrunde liege, erscheint bei der Betrachtung des weiten Bereiches erotischer Kunst höchst zweifelhaft. Richtig erkannte schon das Reichsgericht[3], daß die

---

1) In den Urteilsgründen erscheint hier der Begriff "Kunst" statt des Wortes "unzüchtig". Das kann jedoch nur auf einem Redaktionsversehen beruhen, da sonst der letzte Halbsatz in keinem inneren Zusammenhang zum voraufgehenden steht. Denn die "Absicht, die Sexualbetätigung zu erregen", hat mit den Absichten des Schaffenden hinsichtlich der Kunsteigenschaft seines Werkes (i.S. des "Kunstwollens") nichts zu tun.

2) Natürlich kann auch der Schöpfer Verkäufer usw. sein. Ob aber in diesem Fall, d.h. ganz allgemein das Verkaufen, Verteilen, Verbreiten von "wollüstiger Tendenz" oder Ähnlichem ge-

"Absicht,künstlerischen Genuß zu bereiten, mit der Absicht, die Lüsternheit anzureizen, keineswegs unvereinbar" sei. Man geht sicher nicht fehl in der Annahme, daß gar nicht so selten die Motive des Künstlers dahin gehen, im Leser oder Betrachter sinnliche Regungen zu wecken. Das kann allerdings nicht im Wege exakter Beweisführung festgestellt werden; denn es ist kaum möglich, aus einem so komplexen Phänomen wie dem künstlerischen Genie einzig eine bestimmte Absicht zu destillieren. Sie aus der bloßen Eignung des Werkes zur Sinnenreizung abzuleiten, ist nicht angängig. Doch werden die Wirkungen, die von Bildern oder literarischen Schöpfungen ausgehen, als Stilmittel der künstlerischen Aussage sehr oft auch gewollt sein[1]. Sinnliche Wirkungen sind aus dem Bereich der Kunst nicht zu eliminieren; es gibt keine Aktdarstellung, die absolut unerotisch ist. Das aber weiß auch der Künstler bei seinem Schaffen, und die Vorstellung wäre deshalb absurd, er nehme diese Wirkungen nur als notwendiges Übel in Kauf, ohne sie gewollt, mindestens aber mitgewollt zu haben. Der Nachweis des Fehlens jeglicher Tendenz oder Absicht zu sexueller Erregung in der Kunst kann also nicht geführt werden. Das erkennt auch Frank[2], der deshalb dahin differenziert, daß die künstlerische Absicht den geschlechtlichen Reiz wegen der Freude an der Schönheit des Kunstwerkes erregt, die geschlechtliche Absicht dagegen um seiner selbst willen. Mit anderen Worten: künstlerisch ist die Absicht dann, wenn der geschlechtliche Reiz nur als Mittel zu künstlerischen Zwecken erweckt werden soll; unzüchtig ist sie, wenn ein ideales Ziel jenseits des geschlechtlichen Reizes nicht vorhanden ist. Ähnlich will Welzel[3] abgrenzen: Die

---

Fortsetzung der Anm. 2 und 3 von Seite 94:

tragen werden müssen,ist in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchen.

3) RG 37, 316

- - - - - - -

1) Henry Miller (Von der Unmoral der Moral,S. 71)meint dazu: "Wenn die Obszönität in der Kunst und besonders in der Literatur in Erscheinung tritt,hat sie gewöhnlich die Aufgabe eines technischen Kunstgriffs;das Element der Absicht hat nichts mit der sexuellen Erregung zu tun,wie im Falle der Pornographie".
2) Frank S. 412/413
3) LB. S. 402

künstlerische Durchdringung fehle, wenn n u r ein sinnlicher Reiz bezweckt sei. Die praktische Anwendung dieser Grundsätze scheitert jedoch an der Unmöglichkeit, die Intentionen des Künstlers nur mit Hilfe seines Werkes zu erforschen. Wie soll feststellbar sein, ob ein Werk mit formalen Qualitäten n u r zum Zwecke sinnlicher Reizung geschaffen wurde, ob ein "ideales Ziel" nicht vorhanden ist? Kann denn Kunst nur Vorwand sein?

Es führte zu weit, diese eher ästhetischen als juristischen Probleme zu vertiefen. Gegen die Berücksichtigung der Willensrichtung des Künstlers spricht auch folgende rechtliche Erwägung: Es wurde dargelegt, daß die Schamverletzung nicht in der Erregung geschlechtlicher Sinnlichkeit bestehen muß, da das Werk durch seinen Inhalt beim Leser oder Betrachter auch Widerwillen und Abscheu hervorrufen kann. Liegt aber das Wesen der Unzüchtigkeit nicht in jener Anreizung, so muß es gleichgültig sein, wenn dieser Erfolg im Einzelfall beabsichtigt ist[1]. Auf dem Wege über die Forderung nach in der Person des Urhebers des

1) Auch das Schweizerische Bundesgericht stellt allein auf die objektive Eignung zur Verletzung des Schamgefühls ab (BGE 86 IV 20): "Wäre eine unzüchtige Absicht erforderlich, so hätte dies wie in anderen Tatbeständen, in denen eine besondere Absicht Tatbestandsmerkmal ist, im Gegensatz ausdrücklich gesagt werden müssen".- Diese Ausführungen können als Begründung nicht überzeugen. Die in § 184 StGB beschriebenen mit dem unzüchtigen Objekt vorzunehmenden Tathandlungen sind die des Verbreitens, Verkaufens usw... Selbst wenn der subjektive Tatbestand eine Absicht forderte, könnte sie sich doch immer nur auf den mit diesen Handlungen erstrebten Erfolg beziehen, die aber mit dem Schaffen selbst in keinem Zusammenhang stehen.

In der Begründung des Entwurfs des Strafgesetzbuches von 1962 wird zu § 220 ausgeführt: "Für den Gesetzgeber empfiehlt es sich nicht, in diesen Meinungsstreit (ob nämlich die objektive Eignung zur Schamverletzung ausreicht oder subjektive Momente zu fordern sind) einzugreifen, da das sachlich zutreffende Ergebnis nicht durch einen gesetzlichen Machtanspruch, sondern nur durch eine weitere wissenschaftliche und praktische Vertiefung der widerstreitenden Gesichtspunkte zu gewinnen ist". Jedenfalls liege "offen zutage", daß "zur Verwirklichung des Begriffs unzüchtig nicht die sonst erforderliche wollüstige Absicht des Täters vorausgesetzt werden" könne; es komme nach der Tatbestandsbeschreibung allein darauf an, ob eine bestimmte Sache als solche unzüchtig sei. Deshalb müsse die Rechtsprechung zu einer selbständigen Auslegung gegenüber dem Begriff der

Werkes liegenden Absichten und Tendenzen kann somit eine Ausgrenzung der Kunst aus dem Anwendungsbereich von § 184 StGB nicht gelingen.

IV. Entscheidend ist daher nur die Eignung zu sexueller Anstößigkeit, ohne daß es auf die Motive des Urhebers ankäme; Gegenstand der Beurteilung ist das Werk in seinem äußeren Erscheinungsbild. Sein objektiver Inhalt ist nun nicht nur in dem zu finden, was unmittelbar zur Anschauung gelangt, sondern auch in dem, was als Sinn des Dargestellten erkennbar zum Ausdruck gebracht wird. Das folgt für die Kunst daraus, daß dem gegenständlichen Vorwurf beispielsweise eines Bildes der Sinn einer Allegorie zukommen kann, daß der Gegenstand etwas "bedeuten", das Sichtbare nur das Mittel zu einer über es selbst hinausgehenden Aussage sein kann. Andererseits gehören solche Vorgänge nicht zum Inhalt, auf die die Abbildung oder Darstellung nur auf dem Wege subtiler Reflexionen schließen läßt. Das Prädikat "unzüchtig" kann auch nicht etwa allein von Assoziationen in der Vorstellung des Lesers oder Beschauers abhängig sein, sondern der Beurteilungsgegenstand muß objektive Anhaltspunkte für eine Wertung dieser Art bieten[1].

Hat der Urheber seinem Werk dagegen einen anstößigen Inhalt oder Sinn geben wollen, ohne daß dieser objektiv seinen Niederschlag gefunden hat, so ist das selbstverständlich tatbestandsunerheblich.

D. Schlußbetrachtung der in diesem Kapitel erörterten Lösungsversuche

Keiner der bisher erörterten Lösungsversuche konnte als geeignet angesehen werden, die durch die Kollision von Kunst mit § 184 StGB aufgeworfenen Probleme zu einer befriedigenden Lösung zu bringen. Ihnen ist immerhin gemeinsam, daß sie die Ausnahmestellung der Kunst auf Grund ihres kulturellen Wertes in

---

Fortsetzung der Anm. 1 von S. 96

unzüchtigen Handlung kommen.- Beide erwähnten Ansichten sehen das Problem offenbar unter dem Aspekt der "subjektiven Unrechtselemente". Daß dies nicht richtig sein kann, wurde oben (III 2) dargelegt.

1) Jäger a.a.O. S. 106

mehr oder minder starkem Maße anerkennen, jedoch - unter Beibehaltung der genannten Umschreibung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" - einen Weg aus dem Konflikt über eine nach Kunst und Pornographie differenzierende Ausfüllung dieses feststehenden Rahmens suchen. Erst der Bundesgerichtshof ersetzte in seiner Entscheidung vom 23.6.1961[1] den als Maßstab für die strafrechtliche Bewertung von Kunstwerken dienenden "Normalmenschen" durch denjenigen, der imstande ist, das Wesen der Kunst mitzuberücksichtigen. Auf diese neue Rechtsprechung, der sich die unteren Gerichte angeschlossen haben, soll wegen ihrer Bedeutung in einem besonderen Kapitel eingegangen werden.

1) BGH GA 1961, 240

§ 8

"Normalmensch" oder "Kunstinteressent" als Maßstab der Verletzung des Schamgefühls

Was sich hinter dem zum Maßstab der Schamverletzung erhobenen "Normalmenschen" verbirgt, wurde schon angedeutet. An diesem Kriterium haben Rechtsprechung und Lehre auch bei der Prüfung der Unzüchtigkeit von Kunstwerken bis vor kurzem festgehalten.

A. Rechtsprechung des Reichsgerichts: Normalmensch

Das Reichsgericht betonte stets, daß es nicht darauf ankomme, welchen Eindruck "einzelne besonders sachverständige Personen oder Kreise von dem Kunstwerk gewinnen"[1]. Das die bis dahin ergangene Rechtsprechung zusammenfassende, die künftige beeinflussende grundlegende Urteil war jenes vom 27.2.1930[2], in dem es darum ging, ob ein Bild von George Grosz, das Christus mit Gasmaske und Kriegsgerät darstellte, den Tatbestand der Gotteslästerung, § 166 StGB, erfüllte. Auch dort stellte sich die Frage, auf wessen Empfinden bei der Auslegung der Strafvorschrift abzustellen sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz, wonach die Auffassung eines einfachen Menschen "doch unmöglich die Grenze der Kunstausübung darstellen könne, da sonst die Kunst in eine Zwangsjacke" hineingerate, ging das Reichsgericht davon aus, daß "Bilder der vorliegenden Art ohne Nachdenken überhaupt nicht verstanden werden können und deshalb nicht der Eindruck des bloß flüchtigen Beschauers in Betracht kommt", es andererseits "aber zu weit geht, als maßgebend nur solche Beschauer anzusehen, die mit Verständnis die künstlerischen Absichten zu ergründen und nachempfindend nur sie aus dem Kunstwerk herauszulesen vermögen... Denn das Gesetz will auch das schlichte Gefühl des einfachen Menschen schützen, der das Bild unbefangen be-

---

1) So z.B. RG DRiZ 1927 II.Teil Spalte 54

2) RG 64, 121 ff

schaut und die sinnlichen Wahrnehmungen in sich aufnimmt"[1].

Diese seit Beginn der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung wurde ohne weitere Erörterungen nahezu vom gesamten Schrifttum übernommen. Lediglich Lazarus[2] und Roth[3] widmen ihr kurze, zustimmende Ausführungen, während die einzige kritische Betrachtung von Jäger[4] die Brauchbarkeit des Kriteriums "Normalmensch" generell, nicht erst im Hinblick auf Kunstwerke in Zweifel zieht.

B. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes: Fortentwicklung zum "Kunstinteressenten"

Der Bundesgerichtshof[5] distanzierte sich von der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Er führte aus, daß das Grundrecht der Freiheit der Kunst in Art. 5 III GG durch die Wertgütertrias des Art. 2 I GG beschränkt werde, daß aber andererseits nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen § 166 StGB selbst wieder in seiner das Grundrecht begrenzenden Wirkung eingeschränkt werde[6]. Bei seiner Auslegung müsse die Bedeutung berücksichtigt werden, welche die im Grundgesetz anerkannte Freiheit der Kunst im freiheitlich demokratischen Staat habe: "Bei der Prüfung, ob ein Kunstwerk Einrichtungen oder Gebräuche einer christlichen Kirche beschimpft, entscheidet daher nicht, wie das Reichsgericht (RG 64, 121, 126) meint, allgemein das Verständnis und

---

1) Das RG selbst zog aber in RG 61, 151 (155) bei der Würdigung eines Gedichts, in dem der Tatrichter eine Gotteslästerung gesehen hatte, Deutungen heran,die nicht nur das "schlichte Gefühl des einfachen,religiös gesinnten Menschen" voraussetzen,sondern dem Leser schwierige Überlegungen zumuten.

2) a.a.O. S. 106

3) a.a.O. S. 34

4) Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz S. 102

5) BGH GA 1961, 240; ausführlicher in "Archiv für Urheber-, Film-,Funk-und Theaterrecht" 38, 181 ff

6) Daß diesem methodischen Vorgehen bei der Begrenzung der Kunstfreiheit nicht gefolgt werden kann, wurde in § 5 ausgeführt.

das religiöse Gefühl der überzeugten Anhänger dieser Kirche, soweit sie sich ebenso von übergroßer Reizbarkeit wie von Gleichgültigkeit fernhalten, auch nicht allein das rechtliche Gefühl des einfachen, religiös gesinnten Menschen. Die vom Grundgesetz gewährleistete Freiheit der Kunst erfordert vielmehr, daß bei der strafrechtlichen Beurteilung eines Kunstwerkes das Wesen der zeitgenössischen Kunst mitberücksichtigt wird, auch wenn es nicht ganz leicht verständlich ist... Es genügt indessen, mit dem Landgericht von dem Eindruck auszugehen, den ein künstlerisch aufgeschlossener oder zumindest um Verständnis bemühter, wenn auch literarisch[1] nicht besonders vorgebildeter Mensch von dem Kunstwerk hat".

Diese zu § 166 StGB entwickelten Grundsätze haben nicht nur für diesen Tatbestand Bedeutung, sondern gelten gleichermaßen bei der Prüfung, ob ein Kunstwerk als unzüchtig im Sinne von § 184 StGB anzusehen ist, Der Bundesgerichtshof[2] selbst führte aus, auch die Frage der Unzüchtigkeit hinge von dem Eindruck des Werkes auf einen "künstlerisch aufgeschlossenen oder zumindest um Verständnis bemühten, fachlich nicht besonders vorgebildeten Menschen"ab.

C. Kritische Überlegungen zur Rechtsprechung des BGH

Kann nun mit dieser Formel, die von sämtlichen bisher mit dem Problem der Unzüchtigkeit von Kunstwerken konfrontierten Gerichten übernommen wurde[3], eine verfassungsgemäße Interpretation von § 184 StGB erreicht werden?

I. Damit § 184 StGB die Bedeutung einer dem Grundrecht der Kunstfreiheit immanenten Grenze haben kann, dürfen bei der Auslegung dieses Tatbestandes nur solche Maßstäbe zugrunde

---

1) Jene Ausführungen sind selbstverständlich nicht auf Werke der Literatur beschränkt, sondern gelten ebenso für alle anderen Kunstgattungen.

2) BGH NJW 1965, 983

3) OLG Hamburg NJW 1964, 560; LG Hamburg NJW 1963, 675; LG Berlin zitiert in BGH NJW 1965, 983

gelegt werden, durch die der Kunstfreiheit im von der Verfassung garantierten Umfange Rechnung getragen wird. Wenn bei der strafrechtlichen Würdigung von Werken der Kunst auf ihre Aufnahme durch eine durch bestimmte Eigenschaften gekennzeichnete Beurteilerschicht abzustellen ist, so ist es angesichts jener Forderung kaum zweifelhaft, daß diese Eigenschaften erheblich über jenem Niveau liegen müssen, das bisher mit dem Begriff des "Normalmenschen" umschrieben wurde.

Der Fragestellung, ob ein Kunstwerk unzüchtig ist, geht notwendig die Feststellung voraus, daß dem betreffenden Werk Kunstcharakter zuzusprechen ist. D a r ü b e r zu entscheiden, ist jedoch nicht Aufgabe des gedachten "Normalmenschen"; sie liegt vielmehr allein darin, etwas über die Wirkung des Werkes als Kunstwerk auf sein Schamgefühl auszusagen. Da von ihm als "Durchschnittsbürger"[1] erfahrungsgemäß keine künstlerische Vorbildung erwartet werden kann, die zu einer nach Kunst und Pornographie differenzierenden Betrachtungsweise und damit auch zu unterschiedlichen emotionalen Reaktionen führte, wird der Kunstwert der Schrift oder des Bildes unberücksichtigt bleiben, so daß kulturelle Werte und trivialste Publikationen der gleichen Beurteilung unterliegen. Wird daher ein Kunstwerk mit Hilfe jenes Maßstabes als unzüchtig qualifiziert, so wird die Bedeutung der Kunst, wie sie in Art. 5 III GG ihren Ausdruck gefunden hat, ignoriert. Wenn die Verfassung diese Sonderstellung, die nicht als willkürliche Privilegierung, sondern als Berücksichtigung qualitativer Merkmale angesehen werden muß, im umfassenden Sinne, d.h. in einer dem Wesen der Kunst entsprechenden Weise anerkennt und garantiert, dann muß dem bei der Auslegung von § 184 StGB Rechnung getragen werden. Statt des gerade auch durch die esoterischen zeitgenössischen Kunstströmungen überforderten "Normalmenschen" kann Maßstab für die

1) Leiß beschreibt ihn scharf und überzeichnend als "den Mann von der Straße, der dumm,faul oder gleichgültig den Belangen der Kunst und engstirnig oder kleinherzig gegenüber ihren Anliegen sich dennoch, zumeist wohlweislich verschanzt hinter dem Schild des gemeinen Wohls oder irgendeiner engstirnig verstandenen Weltanschauung,vermaß,über die Strafwürdigkeit von Werken der Kunst zu urteilen" (NJW 1962, 2323).

Schamverletzung daher nur ein solcher gedachter Personenkreis sein, der auf Grund seiner Sachkunde um das Wesen und die Bedeutung der Kunst weiß[1].

Diese Überlegungen werden durch die Entscheidung des Gesetzgebers in einem nachkonstitutionellen Gesetz untermauert: Aus der fehlenden Grundrechtsschranke in Art. 5 III GG ergibt sich eindeutig, daß die Freiheit der Kunst nicht zum Schutze der Jugend eingeschränkt werden kann. Folglich nimmt auch das Gesetz über den Vertrieb jugendgefährdender Schriften Bücher, die der Kunst dienen, ausdrücklich von den dort vorgesehenen Maßnahmen aus, so daß ein Werk der Literatur nicht auf die Liste der jugendgefährdenden Schriften gesetzt werden kann (§ 1 II 2 GjS)[2]. Diese Regelung ist ein Niederschlag der Wertentscheidung des Grundgesetzes: Kunst soll nicht mit außerkünstlerischen Maßstäben gemessen werden. Wenn aber der Schutz der Jugend nach dem Willen des Gesetzgebers hinter der Freiheit der Kunst zurücktreten muß, weil eine Kunst nicht gedeihen kann, die durch die Interessen des Jugendschutzes eingeengt würde, so kann ebensowenig auf das Empfinden der kunstfremden "Normalmenschen" Rücksicht genommen werden - und sei ihre Zahl noch so groß.

II. Das ist offensichtlich auch Ausgangspunkt der Überlegungen der neueren Rechtsprechung. Spricht aber der Bundesgerichtshof von dem Eindruck, "den ein künstlerisch aufgeschlossener oder zumindest um Verständnis bemühter, wenn auch

---

1) "Kunst ist Geist, und der Geist braucht sich ganz und gar nicht auf die Gesellschaft, die Gemeinschaft verpflichtet zu fühlen, - er darf es nicht - um seiner Freiheit, seines Adels willen. Eine Kunst, die "ins Volk geht", die Bedürfnisse der Menge, des kleinen Mannes, des Banausentums zu den ihren macht,gerät ins Elend,und es ihr zur Pflicht zu machen, etwa von Staats wegen nur eine Kunst zuzulassen,die der kleine Mann versteht,i s t schlimmstes Banausentum und der Mord des Geistes.Dieser kann bei seinen gewagtesten,ungebundensten, der Menge ungemäßesten Vorstößen,Forschungen,Versuchen gewiß sein,auf irgendeine hoch-mittelbare Weise dem Menschen, auf die Dauer sogar den Menschen zu dienen".Thomas Mann in "Dr.Faustus", Stockholmer Gesamtausgabe S. 429

2) siehe Seite 104

literarisch nicht besonders vorgebildeter Mensch von dem Kunstwerk hat", so wird damit nicht hinreichend klar, wer eigentlich an die Stelle des "Normalmenschen" treten soll[1].

Immerhin wird eine Grenze nach zwei Seiten gezogen: Nicht entscheidend sind einmal die Empfindungen eines Personenkreises - die auszuschließen gerade Sinn der neuen Formel ist -, der an der Kunst, besonders der sich nicht leicht erschließenden zeitgenössischen, nicht interessiert ist. Andererseits sollen offenbar Deutungen außer Betracht bleiben, die nur einer höher qualifizierten Schicht von Beurteilern - etwa Personen mit gründlichen literarischen oder kulturgeschichtlichen Kenntnissen - zugänglich sind, sich dem "nicht besonders Vorgebildeten" jedoch nicht erschließen. Wollte der Bundesgerichtshof damit den Verzicht auf eine kunsttheoretische Vorbildung in dem Sinne zum Ausdruck bringen, daß es nicht auf die Empfindungen eines Kunstsachverständigen ankommen soll, so ist dem durchaus zuzustimmen.

Was sich zwischen den geschilderten Extremen bewegt, haben das Landgericht Hamburg[2] und Buchholz[3] als mit dem "Kunstinteressenten" identisch angesehen. Ob das möglich ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Denn der "Kunstinteressent" ist - wie Dünnwald ausführt - ein Mehr gegenüber dem "nicht besonders Vorgebildeten". Er zeichnet sich gerade durch besondere, über dem Durchschnitt liegende Kenntnisse aus, die er

---

Fortsetzung der Anm. 2 von S. 103

Ausführlich dazu Potrykus "Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften", § 1 Anm. 19. Der Einwand des Kunstvorbehalts gilt aber wohl nicht, wenn es sich um Schriften handelt, die Jugendliche "offensichtlich schwer gefährden" - § 6 GjS. Dazu Potrykus § 6 Anm. 7

- - - - - - - -

1) Zweifelnd auch Dünnwald JR 65, 46 (51)

2) NJW 1963, 675

3) Wann ist Kunst unzüchtig? in Sexualität und Verbrechen S. 326

sich durch sein Interesse erworben hat. Geht man lediglich von der vom Bundesgerichtshof gewählten Formel aus, so ist Maßstab der Unzüchtigkeit nicht das Empfinden des auf Grund seiner Interessen überdurchschnittlich Gebildeten, sondern das des "nicht besonders Vorgebildeten". Das aber bedeutet erneut die Sanktionierung des Durchschnittlichen auf einem geringfügig höheren Niveau.

Der Bundesgerichtshof verfällt bei der Anwendung seiner Grundsätze auf den Einzelfall (Missa Profana) in den gleichen Fehler, den er dem Reichsgericht vorwirft: Er zieht Deutungen des mit lateinischen Passagen durchsetzten inkriminierten Gedichts in Betracht, die dem Leser schwierige Überlegungen zumuten, für den zum Maßstab erhobenen "nicht besonders Vorgebildeten" jedoch nicht nachvollziehbar sind. Auch das Landgericht Hamburg läßt das Empfinden von Kreisen unberücksichtigt, in deren Bewußtsein die besonderen Anschauungen der modernen französischen Literatur nicht übergegangen sind. Somit wird der von den Gerichten tatsächlich angelegte Maßstab von der jeweils vorangestellten Formel nicht getragen. Denn werden derart subtile Kenntnisse und Überlegungen von der gedachten Beurteilerschicht verlangt, so ist die vom Bundesgerichtshof entwickelte, von anderen Gerichten übernommene Formel nicht geeignet, die faktisch geforderten Qualifikationen zum Ausdruck zu bringen. Tatsächlicher Maßstab ist weder der "nicht besonders Vorgebildete" noch der "Kunstinteressent" im obigen Sinne. Es wird vielmehr ein erhebliches Maß von Sachkunde im Kreis der Beurteilerschicht vorausgesetzt.

III. Es ist somit von dem Eindruck auszugehen, den ein durch überdurchschnittliche Kunstkenntnisse qualifizierter Mensch von dem zu beurteilenden Werk erlangt. Statt - wie der "Normalmensch" (vgl. § 6 B II 4d) - von oberflächlichen und dazu noch falschen Vorstellungen hinsichtlich des weiten Bereiches der Kunst auszugehen, weiß er um deren Wesen und Bedeutung. Ihm ist bekannt - was schon Hegel als bedeutsame Seiten der Kunstkennerschaft ansah[1] - daß das Kunstwerk

1) Hegel: Ästhetik, Bd. I, S. 44/45

wesentlich aus Bedingungen mannigfacher Art hervorgeht, wozu in erster Linie Zeit und Ort der Entstehung, die bestimmte Individualität des Künstlers und die technische Ausbildung der Kunst gehören. Zu einer gründlichen und dem Wesen des jeweiligen Kunstwerkes entsprechenden Betrachtung ist die Beachtung aller dieser Seiten unerläßlich. Nur der durch erheblich über dem Durchschnitt liegende Kenntnisse sich auszeichnende Beurteiler bringt die dafür notwendigen Voraussetzungen mit. Allein seine Heranziehung bei der Auslegung von § 184 StGB wird daher den aus der Kunstfreiheitsgarantie entspringenden Forderungen gerecht. Daß jener Personenkreis auch an Werken des sexuellen Realismus keinen Anstoß nimmt, lehrt die Erfahrung. Von Genets "Notre Dame des Fleurs" wurden rund 4000 Exemplare verkauft; aber kein einziger Leser erstattete eine Anzeige - und das, wie die Vorgänge um den Film "Das Schweigen" beweisen, "in einer Zeit der gesteigerten Anzeigefreudigkeit"[1].

Durch Anpassung der Formel an die tatsächlich angelegten Maßstäbe kann als Ergebnis festgehalten werden, daß im Falle der Subsumtion von Kunstwerken unter den Tatbestand von § 184 StGB Kriterium für die Unzüchtigkeit das Empfinden des "Kunstkenners" zu sein hat. Seine Aufgabe ist natürlich nicht nur - wie Bauer[2] den Bundesgerichtshof verstehen zu müssen glaubt -, bei der strafrechtlichen Würdigung eines Kunstwerkes das Wesen allein der zeitgenössischen Kunst mitzuberücksichtigen. Denn die vom Grundgesetz gewährleistete Freiheit der Kunst sagt über eine derartige Beschränkung nichts aus. Auch der Bundesgerichtshof hätte ganz sicher nicht bestritten, daß ebenso die nicht zeitgenössische Kunst - die Kunst der mannigfachsten Kulturen durch die Jahrtausende - die Beachtung, jedenfalls

---

1) So Buchholz im Hamburger Genet-Prozeß am 31.7.1962, abgedruckt in "Akzente", Zeitschrift für Dichtung, Heft 3, 1965, S. 244 (249)

2) Bauer, Anm. zur Entscheidung des BGH vom 23.3.1965, JZ 65, 491

die Mitberücksichtigung ihres jeweiligen Wesens erfordert, wenn er vor diese Frage gestellt worden wäre.

D. Kritik des Schrifttums an der neuen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat im Schrifttum nicht uneingeschränkt Zustimmung gefunden[1], und zwar aus Gründen, die ebenso gegenüber der hier vertretenen, mit ihr ja grundsätzlich übereinstimmenden Ansicht gelten.

I. So billigt Schröder[2] das zu erzielende Ergebnis, nennt es aber einen gewissen Widerspruch, wenn bei Kunstwerken auf den kritischen, im übrigen aber auf den Durchschnittsbetrachter abgestellt werde. - Worin der behauptete Widerspruch im einzelnen gesehen werden muß, wird allerdings nicht präzisiert. Berücksichtigt man, daß die unterschiedliche Behandlung von Pornographie und Kunst nicht auf willkürlicher, sondern sachlicher, dem Wert und Wesen der Objekte entsprechenden Differenzierung beruht, erscheint dieses Vorgehen nicht nur nicht widerspruchsvoll, sondern als einzig mögliches. Richtig ist allerdings - wenn dieses gemeint sein sollte -, daß Kunstwerke, die sich nach dem Maßstab des "Kunstkenners" (oder auch nur des "Kunstinteressenten") als nicht unzüchtig darstellen, dennoch - wie z.B. Genets "Notre Dame des Fleurs" oder Millers "Wendekreis des Krebses" - das Schamgefühl der Mehrzahl, der kunstunverständigen "Normalmenschen" nämlich, verletzen. Doch auch dann, wenn auf die Aufnahme einer Schrift oder Abbildung durch den "Normalmenschen" abgestellt wird, bleibt ein - allerdings wesentlich kleinerer - Kreis von Personen übrig, dessen Schamgefühl von dem nach jenem Maßstab vom Vorwurf der Unzüchtigkeit freigesprochenen Werk verletzt wird. Er besteht aus den besonders empfindlichen Personen, deren Reaktion man durch jenen "Mittelwert" bewußt nicht be-

1) Zustimmend: Leiß NJW 1962, 2323; Ott, NJW 1963, 617; ders. NJW 1964, 1149; Buchholz: Wann ist Kunst unzüchtig? S. 326; unentschieden Maurach BT § 50 VB 1 b

2) Schönke-Schröder § 184 Anm. 6

rücksichtigen wollte, ohne daß dieses Vorgehen jemals Bedenken auslöste. Gegenüber der vom Bundesgerichtshof und damit auch gegenüber der hier vertretenen Auffassung mit der wesentlich größeren Zahl möglicher Verletzter zu argumentieren, würde bedeuten, bei der Interpretation des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" den Boden einer wertenden Betrachtung zugunsten rein rechnerischer Überlegungen zu verlassen. Mit der Überbetonung der quantitativen Seite des vielschichtigen normativen Begriffs vermag man dem Wesen der Kunst und ihrer vom Grundgesetz garantierten Freiheit nicht gerecht zu werden. Das Empfinden der zahlenmäßig größeren Gruppe der naiven, künstlerisch ungebildeten Menschen wird - diese Wertentscheidung folgt aus der Verfassung - insoweit nicht geschützt, als der Angriff, der nur auf Grund der fehlenden Vorbildung als solcher erscheinen muß, von einem Werk der Kunst ausgeht.

II. Gegen die Methode des Bundesgerichtshofes, über die Frage der Unzüchtigkeit eines Kunstwerkes das Empfinden des fiktiven "Kunstinteressenten" entscheiden zu lassen, wendet sich Noll[1]. Dadurch, daß die neue Rechtsprechung dem künstlerischen Wert einer Äußerung insofern Rechnung trage, als sie bei der Frage, ob die Handlung des Täters das geschützte Rechtsgut verletze, nicht mehr die Vorstellung und das Verständnis eines "durchschnittlichen" Menschen, sondern die eines auch künstlerisch aufgeschlossenen maßgeblich sein lasse, verlege sie die in diesen Fällen erforderliche Wertabwägung in den Tatbestand hinein. Denn der "künstlerisch aufgeschlossene Mensch", der das Wesen der zeitgenössischen Kunst, wie es verlangt werde, mitberücksichtigen könne, sei eben ein solcher, der die Fähigkeit besitze, den ästhetisch-kulturellen Wert des Werkes gegen den Unwert der Verletzung des Schamgefühles abzuwägen. Die in Wahrheit gegebene Wertkollision werde dadurch, daß sie im Rahmen der Auslegung des Tatbestandes abgehandelt werde, eher verdeckt als klargelegt. Es sei daher methodisch richtiger, den künstlerischen Wert der Äußerung

1) "Tatbestand und Rechtswidrigkeit" in ZStW 77, 1 ff(32-36)

als Rechtfertigungselement zu berücksichtigen. Die Wertabwägung soll im Rahmen eines der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" entsprechenden Rechtfertigungsgrundes erfolgen, und zwar nach dem Grundsatz, daß derjenige, der in Ausübung der allgemeinen Freiheitsrechte bedeutende Werte schaffe oder wahre, gerechtfertigt sei, auch wenn er dabei weniger bedeutende Werte verletze. Diese Methode gestatte auch die Differenzierung zwischen künstlerisch bedeutenden Äußerungen, deren kultureller Wert das Unrecht der Handlung aufheben würde, und wertlosen Machwerken, bei denen Unrecht und Strafbarkeit bestehen blieben.

Es mag dahinstehen, ob durch die neue Rechtsprechung tatsächlich eine Wertabwägung in den Tatbestand von § 184 StGB hineinverlegt oder ob nicht vielmehr auf die auf verfassungsrechtlicher Stufe erfolgte Wertabwägung und -entscheidung zurückgegriffen wird, die sich in der Anwendung des Kriteriums "Kunstkenner" konkretisiert. Auf eine Entscheidung in der einen oder anderen Richtung kommt es hier nicht an.

Bedeutsam ist dagegen Nolls Vorschlag, die vorliegende Problematik unter dem Aspekt der Wertabwägung im Rahmen eines Rechtfertigungsgrundes zu sehen. Das ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" weiterhin auf die Aufnahme des Kunstwerkes durch den "Normalmenschen" abgestellt wird. Nur dann bleibt Raum dafür, der auf diese Weise festgestellten Verletzung des Schamgefühls den kulturellen Wert der Schrift oder des Bildes gegenüberzustellen. Es erscheint jedoch fraglich, ob die Heranziehung eines Rechtfertigungsgrundes bei erfülltem Tatbestand,das heißt also nach der Abwertung des Kunstwerkes als "unzüchtig"[1], noch als verfassungsgemäße Interpretation von

1) Die Interessenlage ist im Grunde ähnlich wie beim ärztlichen Heileingriff, der von der Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums als Körperverletzung angesehen wird.Diese Tatbestandsmäßigkeit wird - trotz Rechtfertigung - abgelehnt,weil der Heileingriff von der Körperverletzung wesensverschieden sei.-Auch das Kunstwerk mit "an sich" unzüchtigem Inhalt ist etwas qualitativ anderes als eine unzüchtige - wenn auch gerechtfertigte -Abbildung,Schrift oder Darstellung in dem Sinne,wie § 184 StGB sie bekämpfen will.

§ 184 StGB angesehen werden kann. Doch soll auf dieses Problem wegen der damit zusammenhängenden dogmatischen Frage, ob die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit wertneutral oder wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Tatbestandsmäßigkeit zur Rechtfertigung nicht doch schon - den festgestellten Verfassungsgrundsätzen möglicherweise widersprechend - "abwertend" oder "vorbelastend" ist, nicht eingegangen werden.

Nolls Vorschlag, den künstlerischen Wert eines Werkes als Rechtfertigungselement zu berücksichtigen, kann aus anderen Gründen nicht gefolgt werden. Die Möglichkeit, nach bedeutenden und weniger bedeutenden Werken zu differenzieren, sieht Noll als besonderen Vorzug dieser Lehre an. Dem steht entgegen, daß Kunst im Sinne von Art. 5 III GG ein wertdifferenzierungsfreier Begriff ist, ein Begriff, der alle schöpferische Kunst ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, ihre Stilrichtung und vor allem ihren W e r t umfaßt (vgl. § 6 I). Als Kunst im Sinne der Verfassungsvorschrift sind nicht nur kunstwerterfüllende, sondern auch solche Werke anzusehen, die nach den Kriterien einer wertenden Ästhetik als mißlungen angesehen werden müssen - wenn in ihnen nur ein objektiver Bezug zur künstlerischen Form oder Idee enthalten ist. Bei der Auslegung einer als immanente Grenze der Kunstfreiheit in Frage kommenden Strafvorschrift muß daher diese Besonderheit berücksichtigt werden. Durch Nolls Methode wird jedoch "weniger bedeutenden" Werken ein Schutz von vornherein versagt, da ihnen gegenüber einer Verletzung des Schamgefühls, gemessen an den Reaktionen des "Normalmenschen", die rechtfertigende Kraft fehlt. Dieser Lösungsvorschlag wird daher der Kunstfreiheitsgarantie nicht gerecht.

Er ist zudem auch nicht praktikabel. Je nach Intensität der verursachten Verletzung wären an den Kunstwert, um ihn rechtfertigend berücksichtigen zu können, unterschiedliche Anforderungen zu stellen: das Unrecht einer erheblichen Verletzung des Schamgefühles soll nur durch eine entsprechend größere Bedeutung des Kunstwerkes aufgehoben werden können. Einmal erscheint es gerade angesichts der Unsicherheit in der Be-

wertung zeitgenössischer Werke (die in erster Linie Gegenstand richterlicher Beurteilung sind) nahezu unmöglich, ihnen eine bestimmte Stufe innerhalb einer Rangordnung zuzuweisen. Zum anderen handelt es sich bei der Gegenüberstellung der Verletzung des geschlechtlichen Schamgefühls einerseits und des künstlerischen Wertes andererseits um zwei inkommensurable Größen, die mangels inneren Zusammenhangs in kein Verhältnis zueinander gesetzt werden können. Nach welchen Grundsätzen sollte derjenige Grad künstlerischer Leistung ermittelt werden, der eine bestimmte Intensität der Schamverletzung aufzuheben geeignet wäre? Es gibt kein gemeinsames Maß für beide Bereiche; sie in ein Verhältnis zueinander zu setzen, kommt willkürlichem Vorgehen gleich.

Nach allem kann weder die Kritik Schröders an der neuen Rechtsprechung als berechtigt angesehen noch Nolls Lösungsvorschlag zugestimmt werden, den künstlerischen Wert einer zu begutachtenden Abbildung oder Schrift als Rechtfertigungselement zu berücksichtigen.

E. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Ein Werk aus dem Bereich der Kunst fällt also nur dann unter § 184 StGB, wenn ein durch überdurchschnittliche Kunstkenntnisse qualifizierter Mensch, kurz: ein Kunstkenner, in sexueller Hinsicht Anstoß nimmt. Bei der Heranziehung dieses Maßstabs kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich um ein bedeutendes oder weniger bedeutendes, um ein vollendetes oder mißlungenes Kunstwerk handelt[1].

Wie es auf den gedachten Personenkreis wirkt, hat der Richter selbst zu beurteilen; nötigenfalls kann er sich das

1) So auch Ott NJW 1963,617; dagegen meint Leiß a.a.O.,dieser Fortschritt in der Rechtsentwicklung werde nur durch die Strenge des an die künstlerische Gestaltung anzulegenden Maßstabes getragen. Dieser Ansicht kann, besonders wegen der Unsicherheit in der Bewertung zeitgenössischer Werke, nicht zugestimmt werden.

Kunstwerk von einem Sachverständigen erklären lassen[1]. Für die vorausgehende Abgrenzung von Kunstwerken gegenüber Werken ohne künstlerischen Gehalt dagegen wird in der Regel ein Sachverständiger hinzugezogen werden müssen, da das Gericht dafür meist nicht die nötige Sachkunde besitzt[2].

1) BGH GA 1961, 240

2) Vgl. die Ausführungen des OLG Hamburg NJW 1964, 560 zu § 244 IV 1 StPO; das Landgericht hatte die Zuziehung eines Sachverständigen abgelehnt, weil es auf Grund "allgemeiner Lebenserfahrung, jahrzehntelanger Berufserfahrung sowie Menschenkenntnis" selbst die erforderliche Sachkunde besitze. Das OLG führte aus, diese vom Landgericht genannten Gründe seien für eine rationalkritische Abgrenzung ungeeignet. Auch werde die Fähigkeit, Kunstwerke gegenüber Werken ohne künstlerischen Gehalt abzugrenzen, nicht ohne weiteres durch längere richterliche Tätigkeit und die Beschäftigung des gebildeten Menschen mit Fragen der Kunst erworben.

§ 9

Die Teile und das Ganze

A. Gegenstand der Beurteilung ist das Werk als ganzes

Wurde im voraufgegangenen Abschnitt der Beurteilungsmaßstab entwickelt, so soll im folgenden geklärt werden, in welchem Umfange eine künstlerische Äußerung Gegenstand der strafrechtlichen Betrachtung sein kann. Besonders bei literarischen Werken, die für die Bewertung als unzüchtig in Frage kommen, ist es der Regelfall, daß in ihnen nur einzelne anstößige Stellen enthalten sind, während das übrige als unbedenklich angesprochen werden kann. Welche Bedeutung ist diesen einzelnen Stellen, die sowohl aus nur wenigen Sätzen als auch aus seitenlangen Passagen bestehen können, im Hinblick auf die Bewertung des Ganzen beizumessen?

Das Gesetz spricht in § 184 StGB nicht von Schriften usw., in denen vereinzelte Unzüchtigkeiten vorkommen, sondern von Schriften, die unzüchtig sind. Der Begriff "Schrift" aber setzt eine gewisse Selbständigkeit und Abgeschlossenheit voraus, wogegen es einzelnen Passagen an dieser Selbständigkeit fehlt. Daraus folgt, daß es nicht genügt, wenn einzelne Sätze oder Stellen einer Schrift, einzelne Bildteile oder einzelne Szenen eines Filmes das Schamgefühl zu verletzen geeignet sind; es kommt vielmehr auf den Charakter des Ganzen, auf den Gesamteindruck des Werkes an. Diese Auffassung ist in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt[1]. Bei teilweiser Unzüchtigkeit liegt eine Unzüchtigkeit im Sinne von § 184 StGB nur dann vor, wenn die teilweise Unzüchtigkeit diesen Charakter der Schrift als ganzer mitteilt. Das wird dann der Fall sein, wenn die einzelnen Stellen derart wesentlich für das Gesamtwerk sind, daß dies ohne sie seinen Charakter ändern

1) Binding, Gutachten ZStW 2, 401; Kohlrausch-Lange § 184 Anm. III b; Maurach BT § 50 VB 1 b; Mezger in LK § 184 Anm. 3; Schönke-Schröder § 184 Anm. 6; ebenso das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: RG 23, 388; 27, 114; 29, 133; 31, 260; JW 1926, 2749. Gleicher Ansicht ist das Schweizerische Bundesgericht, BGE 89 IV 197

würde. Solange jedoch die unselbständigen anstößigen Passagen nicht auch dem Ganzen den Stempel der Unzüchtigkeit aufzudrücken vermögen, fallen sie nicht unter § 184 StGB.Binding[1] nennt eine solche Einschränkung "ein Glück und durchaus notwendig, sonst würde das Alte Testament, sonst würden die werke der edelsten Dichter und Denker mit diesem Prädikat (unzüchtig) gebrandmarkt werden müssen. Diese Einschränkung ist auch fest im Auge zu behalten bei solchen Schriften, welche aus selbständigen Teilen, etwa aus einzelnen Erzählungen bestehen".

B. Zusammenstellungen

Nun kann es in bestimmten Fällen zweifelhaft sein, ob man es noch mit einem zusammenhängenden, in sich abgeschlossenen, einheitlichen Werk zu tun hat, oder ob es sich um selbständige Schriften handelt, die deshalb auch gesondert betrachtet werden können. Entscheidend für die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Schrift sind nicht äußerliche Merkmale, sondern ist in erster Linie der geistige Zusammenhang.Werden verschiedene Werke desselben Verfassers in einem Bande zusammengefaßt, so bleiben sie trotz äußerer Verbindung einer selbständigen rechtlichen Beurteilung zugänglich[2].Denn jedes dieser Erzeugnisse kann ein für sich abgeschlossenes,einheitliches Werk sein, und die Prüfung, ob es einen unzüchtigen Charakter hat, ist nicht von der Beschaffenheit der anderen Werke desselben Autors abhängig, die durch nichts anderes als die äußere Buchform miteinander verbunden sind. Umgekehrt können für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen von § 184 StGB vorliegen, die einzelnen Abschnitte - etwa einer Literatur -,Kunst- oder Kulturgeschichte - gegenüber dem ganzen Buch zurücktreten, obwohl es selbständige Geistesprodukte verschiedener Autoren enthält[2].

1) Binding a.a.O.
2) RG 23, 388 (390)

Nach diesen Grundsätzen sind beispielsweise einzelne Kapitel eines Romans keine selbständigen Schriften. Auch ein Werk wie das "Decamerone" muß als eine einheitliche Schrift beurteilt werden, da die einzelnen Erzählungen miteinander verknüpft sind. Anders wäre bei den Märchen aus 1001 Nacht zu entscheiden, die nur dadurch zusammengehalten werden, daß sie von der gleichen Person erzählt werden.

C. Aufhebung des Zusammenhangs

Ein ursprünglich zusammenhängendes, in sich abgeschlossenes literarisches Werk kann in einer Weise veröffentlicht werden, daß der Charakter der Einheitlichkeit aufgehoben wird und an die Stelle des einheitlichen Ganzen verschiedene selbständige Schriften treten.[1] Werden nur Bruchstücke veröffentlicht, so sind sie für sich allein nach ihrem geistigen Inhalt zu würdigen, ohne Rücksicht auf den des Gesamtwerkes, dessen Kenntnis durch diese Art der Verbreitung dem Publikum vorenthalten wird. Das Reichsgericht[1] hat den einzelnen Fortsetzungen eines in einer Tageszeitung erschienenen Romanes selbständigen Charakter zuerkannt, weil jede einzelne Nummer der Zeitung selbständig in Erscheinung trete und auch einzeln, ohne Verpflichtung zur Abnahme der übrigen Ausgaben, käuflich sei. Dagegen wird eingewandt werden müssen, daß ein Werk seinen einheitlichen Charakter nicht schon deshalb verliert, weil es in sukzessiven Lieferungen erscheint oder in periodischen Druckschriften veröffentlicht wird.

Durch Bearbeitung wird nahezu in allen Fällen der Charakter des ursprünglich als nicht unzüchtig bewerteten Werkes verändert und ein neuer Beurteilungsgegenstand geschaffen. Doch ist eine Bearbeitung nicht schon in einer von der Originalausgabe abweichenden Aufmachung zu sehen; die besondere Art der Herausgabe ist etwas Sekundäres, das das Werk unverändert

1) RG 29, 133 (134); OLG Celle NJW 1953, 1317

läßt. Die äußere Aufmachung, etwa ein obszönes Umschlagbild, kann jedoch selbständig auf ihre Unzüchtigkeit hin untersucht werden.

D. Verhältnis Text-Illustration und Bild-erklärender Text

Illustrationen, die für Werke der Literatur geschaffen und als deren Bestandteile veröffentlicht werden, sind nicht für sich allein, sondern im Zusammenhang mit den zu ihnen gehörenden Texten zu beurteilen. Es ist also die Wirkung zu untersuchen, die die Bilder auf denjenigen Beschauer ausüben, der zugleich Leser der Schrift ist[1]. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, daß Bilder mit erklärenden Texten versehen werden.

Die Fragestellung, wie die Bilder auf den Leser der Schrift (oder umgekehrt die Texte auf den Betrachter des Bildes) wirken, setzt einen inneren Zusammenhang in dem Sinne voraus, daß der Inhalt der Schilderung in bildliche Darstellungen umgesetzt wird. Fehlt dieser Zusammenhang, so kann z.B. eine Verbindung von Aktphotographien mit Erzählungen gewagten Inhalts, wenn beide für sich allein nicht als unzüchtig angesehen werden können, nicht die Zusammenstellung zu einer unzüchtigen machen. Das Oberlandesgericht Neustadt[2] begründet seine abweichende Entscheidung mit der hier als Kriterium abgelehnten Auffassung, in der Verbindung werde die Tendenz verkörpert, "grobsinnliche Lustgefühle" wachrufen zu wollen.

E. Behandlung von Reproduktionen der bildenden Kunst

Reproduktionen von Werken der bildenden Kunst wird man ebenso behandeln müssen wie das Original selbst, obwohl sie selbstverständlich nicht als Kunstwerke anzusehen sind. Bewahrt die Kopie im wesentlichen den Charakter des Originals, so liegt kein Grund vor, beide unter verschiedenen Aspekten

1) RG 31, 260 (262)
2) JR 52, 287

zu betrachten[1]. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich um die ausschnittweise Wiedergabe allein der erotischen Szenen handelt; sie wird zum selbständigen Beurteilungsobjekt.

§ 10

Die sogenannte "relative Unzüchtigkeit"

Aus den Erörterungen des voraufgegangenen Abschnitts geht hervor, daß ein nicht unzüchtiges Werk durch gewisse Veränderungen, wie Bearbeitung oder nur auszugsweise Veröffentlichung, strafrechtlich relevant werden kann. Doch handelt es sich dann nicht mehr um dieselbe Schrift oder Abbildung, da durch die Bearbeitung etwas selbständig Neues entsteht.

A. Der Begriff bei Binding

Nun soll aber dasselbe Werk, ohne daß es verändert wird, von einem straflosen zu einem unzüchtigen werden können. Das folgt aus dem von Binding[2] entwickelten Begriff der sogen. "relativen Unzüchtigkeit". Dieselben Abbildungen und Schriften könnten auf verschiedene Kreise, je nach der Verschiedenheit ihres Verständnisses, unterschiedlich wirken. Es sei deshalb von Bedeutung, wo beispielsweise die Schrift verbreitet worden sei. "Enthält ein im Ganzen nicht unzüchtiges Werk unzüchtige Stellen oder Darstellungen geschlechtlicher Vorgänge, und es wird in Kreise geschleudert, die für das Ganze kein Verständnis haben, sondern aller Voraussicht nach nur die sogenannten pikanten Stellen würdigen und sich daran erhitzen werden, so wirkt es eben auf diese Kreise als unzüchtiges Werk... Der Versuch der Verbreitung unzüchtiger Schriften als solcher betätigt sich dann nicht selten in einer Beschränkung der unanstößigen Teile, in einer Aufhebung des Zusammenhangs des Ganzen, in einer Hervorhebung der Unzüchtigkeiten durch die

---

1) RG 24, 365 (367/68). Dieser Fall ist - wie im folgenden Kapitel gezeigt wird - in der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der sogen. "relativen Unzüchtigkeit" behandelt worden.

2) Binding Gutachten ZStW 2, 468 unter b

Art des Drucks, in Illustrierung des pikanten Textes durch pikantere Bilder, in Veranstaltung ganz billiger sogenannter Volksausgaben, somit Berechnung des Werkes auf Kreise, die in ihm lediglich oder überwiegend die aufdringliche Unzüchtigkeit, nicht aber die tieferliegende sittliche Tendenz erkennen werden". So unterliegt es nach Bindings Auffassung keinem Zweifel, daß durch eine isolierte Herausgabe und Verbreitung von Goethes "Tagebuch" in Gestalt einer billigen Volksausgabe der Tatbestand von § 184 StGB erfüllt würde, während es ungerechtfertigt sei, die Vorschrift auf denjenigen anzuwenden, der das gleiche Werk Literaturkennern zugänglich macht. Die Schaffung des Begriffs "relative Unzüchtigkeit" stehe mit der Auffassung, daß die Unzüchtigkeit eine objektive Eigenschaft der Schrift oder des Bildes sei, durchaus nicht in Widerspruch; denn dabei würden Schriften und Bilder ihrem normalen Leser- und Beschauerkreis gegenüber ins Auge gefaßt.

B. Veränderungen in Rechtsprechung und Schrifttum

Der Begriff der "relativen Unzüchtigkeit" wurde von der Rechtsprechung übernommen, doch herrscht hier, wie widersprüchliche Entscheidungen beweisen, über Inhalt und Anwendungsbereich keine Klarheit. Das Schrifttum lehnt sich - soweit es dieser Lehre zustimmt[1] - in seinen meist kurzen Bemerkungen zu dem Problemkreis eng an die Rechtsprechung an, so daß die folgenden Ausführungen für beide Bereiche gelten.

Das Reichsgericht sah in ständiger Rechtsprechung die besondere Art der Verbreitung oder Schaustellung eines an sich nicht anstößigen Werkes als wesentlichen Umstand dafür an, ihm den unzüchtigen Charakter dennoch zusprechen zu können[2].

---

1) Frank S. 413; Olshausen § 184 Anm. 3; Peters JR 50, 97 (99); Kohlrausch-Lange § 184 Anm. 3; Maurach BT § 50 V B 1 b; Mezger-Blei StuB II S. 94; Welzel S. 402; ablehnend: Kohler ZStW 7, 61; May: Zum Begriff der Unzüchtigkeit in § 184 StGB, NJW 1958, 1621; Schwinge: Die Bekämpfung des Obszönen im angloamerikanischen Recht, in Festschrift für H.v.Weber S. 291; Schönke-Schröder § 184 Anm. 8

2) RG 21, 306; 24, 365 (368); 26, 270; 33,17 (19); 37, 315 (317); 48, 230; 56, 175 (176)

"Es ist für die natürliche, wie für die rechtliche Auffassung etwas durchaus Verschiedenes, ob z.B. Vorgänge, welche die medizinische Wissenschaft unter dem Begriff Physiologie der Zeugung zusammenfaßt, in einem Hörsaal für Lehrzwecke akademischen Schülern durch Wort und Bild anschaulich gemacht werden, oder ob das gleiche auf einem Jahrmarkt vor einer gaffenden, schaulustigen Menge von einem beliebigen Marktschreier versucht wird" [1].

Darüber hinaus wurde in einigen Entscheidungen auf die der Abbildung oder Schrift vom Verbreiter gegebene Zweckbestimmung abgestellt. "Wird ein an sich künstlerisches Werk mit objektiv schamverletzender Darstellung dazu bestimmt und verwendet, um einen geschlechtlichen Reiz auszuüben, so kann dasselbe dadurch ebenfalls zu einer unzüchtigen Abbildung gestempelt, es kann ihm durch den Aussteller oder Verbreiter der Charakter eines unzüchtigen Werkes gegeben werden"[2].

Auch in der neueren Rechtsprechung wird an der Lehre von der "relativen Unzüchtigkeit" unter Berufung auf die zitierten reichsgerichtlichen Entscheidungen weiterhin festgehalten. Der Bundesgerichtshof führte aus, die Beantwortung der Frage, ob einem Gegenstand der Charakter der Unzüchtigkeit zuzusprechen sei, hänge oft von den Umständen (Zweck und Art der Verwendung) ab. Auch der Leserkreis, an den eine Schrift sich wende, sei von maßgebender Bedeutung[3].

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Celle[4] kann ein an sich nicht unzüchtiger Inhalt durch die Art der Zusammenstellung oder das Ansprechen eines bestimmten Käuferkreises unzüchtig werden. Echten Kunstwerken könne ihr Charakter genommen werden, wenn sie in größerer Anzahl unter dem erkennbaren Gesichtspunkt zusammengestellt würden, einem möglichst grossen Käuferkreis eine Reihe von nackten Menschen vorzuführen.

---

1) RG 26, 371

2) RG 31, 306; ähnlich RG 33, 17 (19)

3) BGH 3, 297 = NJW 1953, 114

4) NdsRPfl 1956, 99

Aufmachung und Verteilung könnten so sein, daß das Werk nur in Kreisen Verbreitung suchen und finden will, die lediglich der erotische Teil interessiert.

C. Kritik

In den angeführten Entscheidungen kommen recht unterschiedliche Auffassungen der relativen Unzüchtigkeit zum Ausdruck, die teilweise den von Binding dem Begriff zugedachten Anwendungsbereich überschreiten.

I. Soweit er dazu dient, einen Auszug aus einem künstlerischen (oder wissenschaftlichen) Werk, das insgesamt nicht unzüchtig ist, mit diesem Attribut zu kennzeichnen, ist der Begriff der "relativen Unzüchtigkeit" entbehrlich. Das folgt aus den Erörterungen des voraufgegangenen Kapitels. Zwar sprach selbst Binding im Zusammenhang mit seiner Lehre von "Beschränkungen der unanstößigen Teile" und "Aufhebung des Zusammenhangs des Ganzen". Doch stellen der Auszug, die Bearbeitung, die Zusammenstellung oder die nur auf die Wiedergabe sexueller Vorgänge beschränkte ausschnittweise Reproduktion selbständige Beurteilungsgegenstände dar, deren Bewertung - auch ohne die Konstruktion der "relativen Unzüchtigkeit" - anders ausfallen kann als die des Gesamtwerkes[1].

II. Der Berücksichtigung des der Verbreitung zugrunde liegenden Zwecks in den dazu genannten Entscheidungen steht andererseits das Bemühen des Reichsgerichts gegenüber, Absichten, Zwecke usw., die in der jeweiligen Abbildung oder Darstellung keinen Ausdruck gefunden haben, von einer Berücksichtigung auszuschalten[2]. In einem Falle, in dem der Tatrichter Reproduktionen bekannter Kunstwerke als unzüchtig

1) So auch Schönke-Schröder § 184 Anm. 8

2) Dieses Problem ist nicht mit der schon erörterten Frage zu verwechseln, ob für die Feststellung der Unzüchtigkeit des Werkes gewisse Absichten oder Tendenzen des Urhebers erforderlich sind.

angesehen hatte, weil sie nicht zu künstlerischen Zwecken, sondern lediglich mit Rücksicht auf den in ihnen zutage tretenden geschlechtlichen Reiz verbreitet worden seien, führte es aus, § 184 laute nicht "...wer Schriften usw. unzüchtig verkauft, verbreitet...", sondern die Vorschrift verbiete lediglich die Verbreitung objektiv unzüchtiger Werke[1]. Damit sei es ausgeschlossen, den Begriff der Unzüchtigkeit allein nach der Subjektivität des Verbreitenden bestimmen zu wollen. "Unmöglich kann dieselbe plastische oder malerische Darstellung einer unverhüllten Frauengestalt, in öffentlichen Kunstsammlungen ausgestellt oder im Kunsthandel gleichmäßig verbreitet, Unzüchtigkeit annehmen oder verlieren, je nach den Absichten, welche der Aussteller damit verbindet". Demnach ist auch, entgegen der Ansicht von Peters[2], der hinter der Veröffentlichung stehende "Erwerbssinn und Geschäftsgeist" bedeutungslos. Aus dieser Art eines möglichen Mißbrauchs seitens des Verbreiters kann keine Eigenschaft des Werkes abgeleitet werden.

III. Problematisch erscheint die Berechtigung der Lehre von der "relativen Unzüchtigkeit" auch für den Fall, daß ein Kunstwerk, das insgesamt nicht unzüchtig ist, unverändert in Kreisen verbreitet wird, die nur den erotischen Teil ausnutzen, es nur unter sexuellen Aspekten sehen. Wenn sich hier das Urteil der Unzüchtigkeit allein daher rechtfertigen soll, daß es, wie Binding formulierte, den Lesern oder Beschauern bestimmter Kreise auf die sogen. "pikanten Stellen" ankomme, so kann diese Begründung nicht überzeugen.

Die Eignung zur Verletzung des geschlechtlichen Schamgefühls wurde als unabdingbares Merkmal der Unzüchtigkeit erkannt. Wenn aber ein Werk in Kreisen verbreitet wird, denen es auf die "pikanten Stellen" ankommt, so werden sie erfahrungsgemäß gerade keinen Anstoß nehmen; ihre Reaktion ist der Verletzung des Schamgefühls vielmehr entgegengesetzt.

---

1) RG 24, 365 (366); ähnlich RG 37, 315

2) JR 50, 97 (99)

Bezüglich der Adressaten fehlt also dem Werk die zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" notwendige Eignung zur Schamverletzung; es besteht kein schutzwürdiges Interesse. Im übrigen war es auch die Aufgabe des ebenfalls von Binding benutzten Maßstabes des "Normalmenschen", bei der Feststellung der Unzüchtigkeit das Empfinden besonders abgestumpfter Kreise nicht zu berücksichtigen. Deshalb kann deren mögliche Reaktion, die zudem gar nicht in einer Schamverletzung besteht, nicht dazu dienen, die Unzüchtigkeit zu begründen.

Wollte man Bindings Kriterium verwenden, so wäre kein Kunstwerk, das nur etwas Nacktes darstellt, vor einem "Mißbrauch" und damit vor Verfolgung auf Grund des § 184 StGB sicher. Dieser Ausgangspunkt der "relativen Unzüchtigkeit" erscheint daher falsch[1].

IV. Wohl deshalb hat auch das Reichsgericht in seinen eingangs erwähnten Entscheidungen davon Abstand genommen, die Unzüchtigkeit mit der Gefahr des "Mißbrauchs" durch bestimmte Personen zu begründen. Grundgedanke seines Vorgehens ist vielmehr die Tatsache, daß etwa Bilder, die nach dem dafür vorgesehenen Kriterium nicht als unzüchtig anzusehen sind, dennoch das Schamgefühl ungebildeter Personenkreise, denen sie tatsächlich zugänglich gemacht wurden, zu verletzen vermögen.

Der Begriff der Unzüchtigkeit bestimmte sich bis zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 23.6.1961[2] allein nach der Wirkung eines Werkes auf das allgemeine geschlechtliche Schamgefühl, kurz: nach dem Empfinden des sogenannten "Normalmenschen". In dieser gedachten Beurteilerschicht vereinigen sich die verschiedensten entgegengesetzten Empfindungen. Die Aufgabe des

---

1) Die relative Unzüchtigkeit in Bindings Sinn wird auch von Schröder (Schönke-Schröder § 184 Anm. 8) abgelehnt, allerdings mit einer anderen Begründung: Der Gesamtcharakter einer Schrift ändere sich nicht dadurch, daß einzelne Benutzer nur einzelne Seiten lesen.

2) BGH GA 1961, 240

gedachten "Normalmenschen" ist es, extreme Überempfindlichkeiten ebenso wie Abgestumpftheit auszuschließen (vgl. § 4 III 2). Als Verkörperung eines repräsentativen Querschnitts aller von vernünftigen Auffassungen getragenen Reaktionen urteilt er stellvertretend für sämtliche Volkskreise. In einer mit seiner Hilfe ermittelten Bewertung eines Werkes wird den Interessen all jener Schichten Rechnung getragen, deren Empfinden nicht als völlig abgestumpft oder prüde ohnehin unberücksichtigt bleibt. Daher ist es nicht angängig, ein als nicht unzüchtig qualifiziertes Werk nur auf Grund seiner Verbreitung in Kreisen, deren Empfinden über den Maßstab des fiktiven "Normalmenschen" bereits Berücksichtigung gefunden hat, einer erneuten, jetzt negativen Beurteilung zu unterwerfen.

Die Rechtsprechung hat es in der Praxis auch an einer konsequenten Durchführung ihrer Annahme fehlen lassen, daß eine nach Personenkreisen unterschiedliche Beurteilung im Hinblick auf § 184 StGB Platz greifen könne. Im umgekehrten Fall müßten auch die nach dem allgemeinen Maßstab unzüchtigen Werke diesen Charakter verlieren, wenn sie nur in einem engen Personenkreis Verbreitung finden, der keinen Anstoß nimmt. Diese Möglichkeit wurde zwar theoretisch angedeutet[1], ihre Durchführung am konkreten Fall - als erotische Radierungen in Form von Privatdrucken unter Ausschluß der Öffentlichkeit allein Sammlern zugänglich gemacht worden waren - [2] jedoch abgelehnt.

D. Die veränderte Ausgangslage bei Heranziehung des "Kunstkenners"

Mag mit diesen Ausführungen die Lehre von der "relativen Unzüchtigkeit" für den Fall widerlegt sein, daß Maßstab der "Normalmensch" ist (er gilt für Nicht-Kunstwerke weiterhin), so gewinnt der unter C IV erörterte Anwendungsbereich mit der Einführung der Formel "Kunstkenner" von neuem Aktualität. Denn das Argument, in ihr seien - wie bei der fiktiven Beur-

1) RG 21, 307
2) RG 56, 175; ähnlich BGH 3, 297 = NJW 1953, 114

teilerschicht der "Normalmenschen" - bereits die Interessen aller Personenkreise integriert, kann diesem Kriterium nicht entgegengesetzt werden, dessen Konzeption die bewußte Beschränkung auf die Reaktionen eines exklusiven Kreises zugrunde liegt.

I. Ohne den Begriff der "relativen Unzüchtigkeit" ausdrücklich zu erwähnen, unterscheidet der Bundesgerichtshof - obwohl er gleichzeitig der Freiheitsgarantie des Grundgesetzes durch Heranziehung des Maßstabes "Kunstinteressent" Rechnung zu tragen versucht - neuerdings danach, ob das Kunstwerk "nur in einer kleinen Ausstellung gezeigt" oder "unter die breite Masse der Bevölkerung gebracht" wird[1]. Schon in der in anderem Zusammenhang erörterten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.6.1961[2] war für die Ablehnung der Unzüchtigkeit hilfsweise die Tatsache berücksichtigt worden, daß das inkriminierte Gedicht in einer Studentenzeitung erschienen war, die im Hochschulgebäude auslag und ersichtlich in erster Linie für Studierende und Dozenten bestimmt war, welche im allgemeinen mit moderner Kunst vertrauter seien als ein durchschnittlicher Zeitungsleser.

Ähnlich äußert sich das Landgericht Hamburg im Genet-Urteil[3]: "Diese Beurteilungsbasis (der Kunstinteressent) erscheint im vorliegenden Fall um so mehr gerechtfertigt, als sich die Käufer und Leser des Buches aller Voraussicht nach aus um das Verständnis der modernen Kunst bemühten Kunstinteressenten rekrutieren".

II. Diese Ausführungen der Rechtsprechung werden von Ropertz verfassungsrechtlich untermauert. Bei dem Versuch, die Handlungen zu beschreiben, die nicht mehr in den Schutzbereich von Art. 5 III GG fallen, geht er von der Aufgliederung künstlerischer Tätigkeit in den Prozeß der Entstehung

1) BGH NJW 1965, 983 = JZ 65, 490
2) BGH GA 1961, 240
3) NJW 1963, 675

und den der Veröffentlichung aus: Der Vorgang künstlerischen Schaffens überschreite niemals die immanenten Grundrechtsgrenzen. Eine Wirksamkeit relevanter Art werde auch dann noch nicht erreicht, wenn das Werk allein seinem Urheber zugänglich bleibe. Bei der Bekanntmachung dagegen hänge sie davon ab, welchem Kreise unkritischer Öffentlichkeit die künstlerische Äußerung zugänglich gemacht werde. Kurz: Je mehr ein Kunstwerk öffentlichkeitsbezogen sei, desto eher könne seine Veröffentlichung die allen Grundrechten eigenen Grenzen erreichen, hier also vom Tatbestand des § 184 StGB erfaßt werden.

Das Problem spitzt sich demnach auch hier wieder - wie schon in den genannten reichsgerichtlichen Entscheidungen - auf die Frage zu: Macht es für die Bewertung eines künstlerischen Werkes einen Unterschied, ob ein Bild in einer Galerie kunstinteressierten Besuchern zur Schau gestellt oder in einem Schaufenster jedem beliebigen Passanten zugänglich gemacht, ob eine obszöne Plastik in einem Museum oder einem öffentlichen Park aufgestellt, ob Millers "Wendekreis des Krebses" oder Boccaccios "Decameron" als verhältnismäßig teure normale Buchausgabe oder als billiges Taschenbuch publiziert wird? Der Zweck der Veröffentlichung und der von Binding befürchtete "Mißbrauch" durch bestimmte Kreise spielen dagegen bei diesen Überlegungen keine Rolle.

III. Wenn man mit der neueren Rechtsprechung und Ropertz danach unterscheidet, ob das Kunstwerk nur "in einer kleinen Ausstellung gezeigt" oder "unter die breite Masse der Bevölkerung gebracht" wird, so bedeutet das nichts anderes, als daß der Beurteilungsmaßstab - "Normalmensch" oder "Kunstkenner" - jeweils nach den zu erwartenden emotionalen Reaktionen jenes Kreises ausgerichtet wird, dem das betreffende Werk tatsächlich zugänglich gemacht wurde. Wird die künstlerische Abbildung oder Schrift in der breiten Öffentlichkeit verbreitet, so bemißt sich die Frage der Schamverletzung also nach dem Empfinden des "Normalmenschen". Damit wird die vom Bundesgerichtshof mit der Einführung des Kriteriums "Kunstinteressent" entwickelte sogenannte "verfassungskonforme" Auslegung ad

absurdum geführt: Sie stellt sich lediglich als eine Scheinlösung dar, die im Ergebnis nichts anderes ist als die Fortführung der vom Reichsgericht und vom Bundesgerichtshof in früheren Entscheidungen vertretenen Lehre der "relativen Unzüchtigkeit"[1]. Darin aber kann schwerlich der Sinn einer im Hinblick auf Kunstwerke verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift gegen unzüchtige Darstellungen bestehen.

1. Die Heranziehung einer sich vom "Normalmenschen" unterscheidenden Beurteilerschicht zur Ermittlung der Unzüchtigkeit eines Kunstwerkes, hier als "Kunstkenner" angesehen, wurde als Ausfluß der in Art. 5 III GG verankerten Kunstfreiheit als einer grundsätzlichen Wertentscheidung aufgefaßt (vgl. § 6, § 8 III 3). Damit hat der Verfassungsgesetzgeber in Kauf genommen, daß die Verneinung der Unzüchtigkeit eines Werkes nach dem Kriterium "Kunstkenner" für die zahlenmäßig überwiegenden kunstfremden Bevölkerungskreise zu einer Versagung des Schutzes des Schamgefühls bis zu jener Grenze führt, von der ab auch der "Kunstkenner" das Werk als unzüchtig empfindet. Dieses zahlenmäßige Übergewicht verleitet offensichtlich die Rechtsprechung dazu, in den genannten Entscheidungen das Problem nicht zuletzt auch unter quantitativen Aspekten zu sehen, während es doch eine wertende Betrachtung erfordert.

Die schon auf der Stufe der Verfassung erfolgte Wertentscheidung fordert Schutz und Erhaltung der Kunst als eines autonomen Lebensbereiches. Wird ein Werk nur in Kreisen künstlerisch Gebildeter verbreitet, so besteht keine Gefahr der Anlegung kunstfremder Maßstäbe und damit einer unstatthaften Einschränkung der Kunstfreiheit. Diese Gefahr erlangt jedoch Aktualität in der Konfrontation des "Normalmenschen" mit für ihn unverständlichen Schöpfungen. Wenn die Forderung, sein die Kunstfreiheit im Übermaß einschränkendes Schamempfinden nicht länger zu berücksichtigen, die Entwicklung

---

1) Bauer: Anm. zum Urteil des BGH vom 23.3.1965 in JZ 65, 491

eines dazu geeigneten Kriteriums notwendig machte, so ist es nur folgerichtig, den gefundenen Maßstab auch auf den eigentlichen Konfliktsbereich anzuwenden. Der mit der Heranziehung der Formel "Kunstkenner" verfolgte Zweck kann dagegen nicht erreicht werden, wenn sie allein zur Beurteilung des Werkes bei der Verbreitung in Kreisen angewendet wird, deren künstlerische Bildung die Gefahr der Anlegung kunstfremder Maßstäbe von vornherein nicht wahrscheinlich macht. Aus den der Schaffung des Kriteriums "Kunstkenner" zugrunde liegenden Motiven folgt, daß das Empfinden dieser Beurteilerschicht g e r a d e d a n n zur Bewertung einer künstlerischen Äußerung herangezogen werden muß, wenn sie "unter die breite Masse der Bevölkerung gebracht" wird.

2. Abgesehen von diesen Gesichtspunkten spricht gegen die differenzierende Betrachtungsweise der "relativen Unzüchtigkeit", daß sie zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt, da das ein Werk als unzüchtig oder nicht unzüchtig bewertende Urteil im Hinblick auf das Werk nicht materiell rechtskräftig werden würde, sondern allein bezüglich der jeweilig gleichartigen Umstände der Veröffentlichung. Würde etwa eine Plastik als nicht unzüchtig angesehen, weil sie in einer Galerie nur vor Kunstkennern gezeigt wird, so müßte eine andere Bewertung und folglich die Justiz mit Sanktionen eingreifen, wenn man sie in einem Park weiten Kreisen der Öffentlichkeit zugänglich machte. Sie verlöre dagegen den Charakter der Unzüchtigkeit, wenn sich die Veröffentlichung in umgekehrter Reihenfolge vollzöge. Ähnlich wäre es mit Werken der Literatur.

Man stelle sich auch vor, daß an verschiedenen Orten - das gilt besonders für Werke der Literatur - gleichzeitig gegen dasselbe Werk eingeschritten wird. Hier bestände die Gefahr, daß verschiedene Gerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der Unzüchtigkeit kommen, je nach den Umständen der Verbreitung des Werkes im Einzelfall.

3. Hinzu kommt, daß die Beibehaltung der Lehre von der "relativen Unzüchtigkeit" heute, "im Zeitalter des Taschenbuches"[1], nicht mehr praktikabel ist. Sie ist weder mit der Entwicklung des modernen Verlags- und Filmwesens - gerade der Film ist ein Medium, das von vornherein auf eine unbegrenzte Zahl von Besuchern ausgerichtet ist, welcher Zweck in bestimmten Fällen auch erreicht wird - noch den Versuchen in Einklang zu bringen, Kunst zu popularisieren. Sie fördert im Gegenteil die Entwicklung zu einer musealen Kunst.

IV. Danach muß jede Form der "relativen Unzüchtigkeit" abgelehnt werden. Der Richter ermittelt die Unzüchtigkeit einer Abbildung oder Schrift aus dem Werk selbst, ohne zu berücksichtigen, welchen Kreisen der Bevölkerung das Werk tatsächlich zugänglich gemacht wurde. Diese außerhalb des Werkes liegenden Umstände vermögen seinen Charakter nicht zu verändern, da es ein eigenes, von den Umständen der Veröffentlichung losgelöstes Dasein führt. Der für künstlerische Äußerungen entwickelte Maßstab des "Kunstkenners" ist auch dann anzuwenden, wenn das zu beurteilende Werk außerhalb künstlerisch gebildeter Kreise verbreitet wird.

---

1) So Schwinge: Die Bekämpfung des Obszönen im anglo-amerikanischen Recht, Festschrift für H.v.Weber S. 293

§ 11

Der Irrtum über die Unzüchtigkeit des Werkes

A. Der subjektive Tatbestand des § 184 StGB

Der subjektive Tatbestand von § 184 StGB begnügt sich mit einfacher Kongruenz[1], d.h. der Vorsatz hinsichtlich des Deliktes erfordert das Bewußtsein der Tat in allen Umständen, die das Gesetz im objektiven Tatbestand beschreibt, § 59 StGB. Zu den Tatumständen, die vom Vorsatz des Verbreiters usw. umfaßt werden müssen, gehört das Merkmal "unzüchtig", das "nur zum Teil sinnlich wahrnehmbar, zum größeren Teil dagegen allein geistig verstehbar"[2] und damit in die Gruppe der sogenannten normativen Tatumstände einzuordnen ist[3]. Vertraten die ältere Lehre und das Reichsgericht die Auffassung, daß bei den normativen Tatumständen zum Vorsatz des Täters nur das Wissen und Wollen der der Wertung zugrunde liegenden Tatsachen gehöre, nicht aber die Kenntnis ihrer rechtlichen Bedeutung, so geht heute die einhellige Meinung dahin, daß vorsätzliches Handeln die Bedeutungskenntnis umfaßt. Allerdings ist eine juristisch-exakte Qualifizierung nicht notwendig; es genügt, wenn der Täter Kenntnis davon hat, welche besondere Funktion und Bedeutung der mit diesem Begriff bezeichnete Sachverhalt im sozialen Leben besitzt: seine soziale Einschätzung durch den Täter muß der juristischen des Gesetzes "parallel" gehen. Ausreichend ist somit eine entsprechende "Parallelwertung in der Laiensphäre"[4], eine "Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein"[2]. Erfaßt der Täter den sach-

---

1) Maurach BT § 50 V B 1 c

2) Welzel Lehrbuch S. 69; Anm. zum Urteil des BGH vom 28.10.52: "Wieviel von einem Tatumstand sinnlich wahrnehmbar (deskriptiv), wieviel geistig verstehbar (normativ) ist, ist für den Begriff des Tatumstandes ganz belanglos...Wo das Gesetz es auf einen (nur) geistig verstehbaren Tatumstand abstellt, ist es für den Verletzungsvorsatz des Täters wesentlich, daß dieser den Bedeutungssinn jenes Tatumstandes im sozialen Leben erfaßt hat".

3) OLG Hamm JMBlNRW 55, 285

4) Mezger LK § 59 I 3 b; BGH 3, 248 (255)

lichen Gehalt des Tatumstandes in der der gesetzlichen Einschätzung entsprechenden Bedeutung, so hat er die für den betreffenden Tatumstand genügende Kenntnis.

Für die Begründung des Vorsatzes in § 184 StGB ist demnach das Bewußtsein des Täters erforderlich und ausreichend, daß die von ihm verbreitete Abbildung oder Schrift einen sexuellen Inhalt hat und geeignet ist, bei irgendwelchen Dritten oder - wird ein Kunstwerk verbreitet - bei Kunstkennern Empfindungsreaktionen etwa im Sinne des Anstoßnehmens auszulösen. Mindestens muß er diese Eignung in Kauf genommen haben[1].

B. Der Irrtum über die Unzüchtigkeit

Wie ist es nun rechtlich zu bewerten, wenn dieses Bewußtsein nicht vorhanden ist, der Täter sich in einem Irrtum über die Unzüchtigkeit der von ihm verbreiteten Schriften oder Abbildungen befindet?

I. Der folgenden Behandlung des Irrtums liegt - im Anschluß an die Schuldtheorie - die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum zugrunde. Der Tatbestandsirrtum schließt den Vorsatz und damit die Bestrafung wegen vorsätzlicher Deliktsverwirklichung aus. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so kommt ein Strafausspruch wegen fahrlässiger Tatbegehung dann in Frage, wenn diese mit Strafe bedroht ist. Dagegen läßt der Verbotsirrtum den Vorsatz unberührt. War der Irrtum vermeidbar, so wird der Täter wegen vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung bestraft, jedoch kann die Strafe in entsprechender Anwendung der Grundsätze der Bestrafung des Versuchs gemildert werden. Bei unvermeidbarem Irrtum bleibt der Täter straffrei. Nach den Gründen zu forschen, die uns zu einer Schlechterstellung des in vermeidbarem Verbotsirrtum handelnden Täters gegenüber dem sich in fahrlässigem Tatbestandsirrtum befindenden Täter veranlassen

1) Maurach BT § 50 V B 1 c; OLG Hamm a.a.O.

(da wegen fahrlässiger Tatbegehung in relativ seltenen Fällen bestraft wird, insbesondere nicht im Falle des § 184 StGB), verbietet sich im Rahmen dieser Arbeit. Insoweit wird auf die Ausführungen Schaffsteins[1] verwiesen.

Die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum ist überflüssig, wenn man der sogenannten "Vorsatztheorie" folgt und den Vorsatz, zusammen mit dem Unrechtsbewußtsein, als Bestandteil der Schuld ansieht.

II. Tatbestandsirrtum bedeutet - im Gegensatz zum Verbotsirrtum, der fehlerhaften oder ganz fehlenden Einschätzung der Rechtswidrigkeit bei voller Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung - das Verkennen eines zum Tatbestand gehörenden objektiven Tatumstandes. Dabei ist es nach herrschender Ansicht gleichgültig, ob dieser Umstand deskriptiver oder normativer Art ist. Denn der maßgebende Unterschied beider Irrtumsarten folge nicht aus dem Gegensatz Tatsache - Rechtsbegriff, sondern aus dem Unterschied Tatbestand - Rechtswidrigkeit. Tatbestandsirrtum sei also nicht nur der Irrtum über Tatsachen wie Sache, Körper usw., sondern immer auch über "Fremdheit" der Sache oder den Begriff "Urkunde". Gehöre bei diesen normativen Merkmalen die Bedeutungskenntnis zum Vorsatz, so müsse die falsche Parallelwertung in der Laiensphäre, der Irrtum über die Bedeutung, notwendig den Vorsatz ausschließen. Demnach läge - um diese Grundsätze auf unseren Fall zu übertragen - ein Tatbestandsirrtum dann vor, wenn der Täter die verbreiteten unzüchtigen Werke für harmlos hielt, etwa weil ein anderer wegen der gleichen Tat freigesprochen wurde[2]; dagegen handelte es sich um einen Verbotsirrtum, wenn er glaubte, daß auch die Verbreitung unzüchtiger Schriften und Bilder erlaubt sei.

---

1) Schaffsein: "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum", Göttinger Festschrift OLG Celle S. 175 (176)

2) BGH NJW 1957, 389; Maurach AT § 23 I B 4 und BT § 50 V B 1 c; OLG Hamm JMBlNRW 55, 285

III. Diesem Ergebnis kann hier nicht beigetreten werden. Es bleibt nämlich unberücksichtigt, daß es neben den bloß beschreibenden normativen Tatbestandsmerkmalen auch solche gibt, in denen unrechtsbestimmende Elemente enthalten sind, die dazu zwingen, ein zusätzliches Werturteil über die Tat als ganze abzugeben. Die Grenze zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum ist deshalb - worauf Schaffstein hingewiesen hat[1] - für den Bereich der normativen Tatbestandsmerkmale noch nicht gesichert.

1. In Beantwortung der Frage, ob die normativen Tatbestandsmerkmale die Klarheit des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit stören, das die Grundlage der Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum ist, hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß funktionell und ihrem Umfang nach mehrere voneinander verschiedene Tatbestandsbegriffe zu unterscheiden sind. Auf der Suche nach Sinn und Sitz der normativen Tatumstände differenziert beispielsweise Engisch[2] nach fünf voneinander abweichenden Tatbestandsbegriffen. Demgegenüber stellt Mezger[3] drei Tatbestandsbegriffe nebeneinander: den Tatbestand der allgemeinen Rechtslehre, den Handlungs- und den Unrechtstatbestand.

Beschränken wir uns jedoch auf die Feststellung, daß im Hinblick auf die Tatumstände im Sinne von § 59 StGB, auf die sich der Vorsatz beziehen muß, der Tatbestandsbegriff nur ein enger sein kann und z.B. nicht die sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen umfaßt. Für die Abgrenzung des Tatbestands- vom Verbotsirrtum muß es allein auf den "Irrtums-

---

1) Schaffstein a.a.O. S. 175 (176)

2) Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mezger-Festschrift S. 127 ff (130). Zur gleichen Frage auch Lang-Hinrichsen: "Tatbestandslehre und Verbotsirrtum" JR 1952 303; Sauer: "Die beiden Tatbestandsbegriffe" Mezger Festschrift S. 117

3) "Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre" in NJW 1953, 2 ff

tatbestand" ankommen, d.h. auf den Umfang des Begriffs "Tatbestand", dessen Aufgabe es ist, Beziehungsobjekt des Vorsatzes zu sein[1].

2. Die Kernfrage zielt nun dahin, wie die mit den im Irrtumstatbestand enthaltenen normativen Tatumständen zusammenhängende Wertung von jener Bewertung abgegrenzt werden kann, die sich auf das Verbotensein der Tat, auf die Rechtswidrigkeit der als Tatbestandsverwirklichung erkannten Handlung bezieht. Als Richtlinie für die Unterscheidung des Irrtums über ein normatives Tatbestandsmerkmal vom Verbotsirrtum kann gelten, daß es sich einmal um die falsche Bewertung eines einzelnen Merkmals des Tatbestandes, das andere Mal um die der Tat als ganzer handelt[2],

Seit der Entdeckung der "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale" durch Welzel[3] ist es problematisch geworden, ob alle normativen Begriffe, die das Gesetz zur Deliktsdefinition verwendet, "Tatbestandsmerkmale" im Sinne des Irrtumstatbestandes darstellen. Denn jene speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale zwingen dazu, ein zusätzliches Werturteil über die Tat als ganze, nicht nur ein Teilstück des Tatbestandes abzugeben. In ihnen verschlingen sich, wie Roxin[4] ausgeführt hat, beschreibende und unrechtsbestimmende, d.h. tatbestandliche Elemente mit gesamttatbewertenden und daher allein der Rechtswidrigkeit zugehörenden Umständen. Diese Einsicht und die Erkenntnis, daß es unmöglich ist, die alleinige Zugehörigkeit der besonderen Rechtswidrigkeitsmerkmale zum Tatbestand oder zur Rechtswidrigkeit zu erweisen, haben dazu geführt, sie zu zertrennen und ihre beschreibenden Bestandteile dem Tatbestand, die unrechtsbestimmenden allein der Rechtswidrigkeit zuzuweisen. Für die Irrtumslehre bedeutet das: Ein Irrtum über die

1) Schaffstein a.a.O. S. 181

2) Mezger NJW 1953, 5; LK § 59 Anm. 14 a

3) "Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem" in ZStW 67, 196 (Anhang S.224:Die speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale);Lehrbuch S. 76

4) Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale S. 135

"speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale" ist bald Tatbestands-, bald Verbotsirrtum - je nachdem, auf welches der darin enthaltenen Elemente sich der Irrtum bezieht.

3. Der gleichen Behandlung unterliegen diejenigen Merkmale, mit deren Feststellung zwar auch eine Gesamtwertung des Verhaltens ausgesprochen wird, bei denen das Gesetz jedoch seine eigene Wertung von einer außerrechtlichen Bewertung abhängig macht[1]. Sie stellen ebenfalls nicht selbst Tatbestandsmerkmale dar, sondern besondere Rechtswidrigkeitselemente in dem oben dargelegten Sinn, daß der Gesetzgeber mit ihrer Verwendung angesichts der unübersehbaren Mannigfaltigkeit der denkbaren Einzelfälle, statt eine abschließende Unrechtsbeschreibung zu geben, sich mit dem Hinweis auf die in der Gesellschaft vorherrschenden und anerkannten sittlichen Anschauungen begnügt. Beispiele für diese vom Richter zu ergänzenden Merkmale sind "verwerflich" in den §§ 240 Abs. 2 und 253 Abs. 2 sowie "gegen die guten Sitten verstoßend" in § 226 a StGB.

Zum Kreise jener Merkmale zählt Schaffstein außer-dem - und damit wird die aktuelle Beziehung zu unserer Ausgangsfrage wiederhergestellt - die Unzüchtigkeit eines Verhaltens, wie es in zahlreichen Sittlichkeitsdelikten, so auch § 184 StGB, enthalten ist[2]. Hier rundet nicht die "Unzüchtigkeit" die sachlich-rechtliche Beschreibung des Unrechts ab, sondern erst die vom Richter aufzufindenden Merkmale, deren Vorliegen die Handlung zu einer "unzüchtigen" macht. Weicht die subjektive Bewertung des Täters hinsichtlich der Unzüchtigkeit seines Verhaltens von der objektiven Bewertung ab, so handelt er im Verbotsirrtum. Um einen den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum handelt es sich dagegen dann, wenn der Täter über solche Merkmale des Sachverhalts irrt, welche die "sittliche" und damit rechtliche Mißbilligung seines Verhaltens begründen oder ausschließen.

---

1) Schaffstein a.a.O. S. 194

2) Zustimmend Noll ZStW 77, 1 ff (6)

4. Entgegen der anfangs (II) dargelegten Auffassung muß bei der Irrtumsentscheidung im Hinblick auf das in § 184 StGB enthaltene Merkmal "unzüchtig" folgendermaßen differenziert werden: Irrt der Verbreiter einer Abbildung oder Schrift über Umstände, die das betreffende Werk zu einem unzüchtigen machen, so befindet er sich im Tatbestandsirrtum. Wer etwa Schriften feilhält, ohne Kenntnis von ihrem sexuellen Inhalt zu haben, handelt ohne Tatbestandsvorsatz. Dagegen liegt ein Verbotsirrtum vor, wenn die subjektive Bewertung des Täters - bei voller Kenntnis der für diese Bewertung maßgebenden sachlichen Umstände - hinsichtlich der Unzüchtigkeit der Schrift von der objektiven Beurteilung abweicht.

Ebenfalls ein Verbotsirrtum ist darin zu sehen, daß der Täter glaubte, auch die Verbreitung unzüchtiger Schriften und Bilder sei erlaubt. Insoweit decken sich die beiden behandelten Auffassungen.

§ 12

Zusammenfassung und abschließende Überlegungen

Zu Beginn unserer Untersuchung wurde vermutet, die Auslegung des Begriffs "unzüchtig" in § 184 StGB werde im Hinblick auf die Subsumtion von Kunstwerken unter diese Vorschrift Veränderungen unterworfen sein. Diese Hypothese haben wir durch die Beschäftigung mit den einzelnen Versuchen, denen es darauf ankam, die Kunst weitgehend aus dem Bereich der Strafbarkeit auszugrenzen, bestätigt gefunden. Keinem der Lösungsvorschläge konnte jedoch zugestimmt werden. Das schloß keineswegs aus, einzelne in ihnen zum Ausdruck gebrachte Gedanken in die hier vertretene abweichende Auffassung zu übernehmen.

A. Die Prüfungstätigkeit des Richters gemäß der entwickelten Grundsätze

Fassen wir die Ergebnisse der einzelnen erörterten Problemkreise zusammen, so ergeben sich für die Prüfungstätigkeit des Richters, der ein Werk daraufhin zu untersuchen hat, ob es unter den Tatbestand von § 184 StGB subsumiert werden kann, folgende Grundsätze: Zunächst ist zu ermitteln, ob die Schrift oder das Bildwerk als künstlerische Äußerung angesehen werden kann. Da das Gericht in der Regel für die Abgrenzung von Kunstwerken gegenüber Werken ohne künstlerischen Gehalt nicht die nötige Sachkunde besitzt, ist häufig ein Sachverständiger hinzuzuziehen. Für die Beantwortung der Frage "Kunst" oder "Nicht-Kunst" ist unbeachtlich, daß das Werk etwas "an sich" Unzüchtiges zum Inhalt hat.

Ergibt sich, daß die Darstellung dem Bereich der Kunst zugerechnet werden kann (ohne daß es auf den Grad der Vollendung ankäme), so muß zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals "unzüchtig" darauf abgestellt werden, ob das Werk geeignet ist, das Schamgefühl eines "Kunstkenners" in geschlechtlicher Hinsicht gröblich zu verletzen. Über diese Frage hat das Gericht - anders als über die, ob es sich um ein Werk mit oder ohne künstlerischen Wert handelt - selbst zu entscheiden.[1)]

Anm. 1) auf S. 137

Gegenstand der Beurteilung ist das Werk in seinem äußeren Erscheinungsbild, ohne daß es auf vom Urheber angestrebte Wirkungen ankommt. Bei der Beurteilung der Einwirkungen auf das Empfinden des gedachten "Kunstkenners" hat unberücksichtigt zu bleiben, ob das Anstößige "verklärt" oder "veredelt" dargestellt wird.

Zur Feststellung der Unzüchtigkeit genügt es nicht, wenn lediglich einzelne Stellen einer Schrift oder eines Bildwerkes das Schamgefühl zu verletzen geeignet sind; es kommt vielmehr auf den Charakter des Ganzen an. Auszüge, Bearbeitungen usw. sind jeweils ein selbständiger Beurteilungsgegenstand.

Ein Werk erlangt den unzüchtigen Charakter nicht dadurch, daß es in Kreisen verbreitet wird, die der Kunst fernstehen und daher in erster Linie das dargestellte oder geschilderte erotische Objekt als solches aufnehmen. Liegen die Voraussetzungen zur Heranziehung des Beurteilungsmaßstabs "Kunstkenner" vor, so haben die mit seiner Hilfe erzielten Ergebnisse absolute Wirkung.

B. Abschließende Überlegungen

Wir stehen damit vor dem Ergebnis, daß Kunstwerke aus dem Bereich der durch § 184 StGB begründeten Strafbarkeit nicht völlig ausgegrenzt werden können. Der hier vorgeschlagene Weg der Subsumtion erscheint jedoch als das Höchstmaß dessen, was bei der Existenz dieser Vorschrift für die erotische Kunst erreichbar ist.

Anm. 1) von S. 136

Dieser Unterschied folgt daraus, daß es sich bei der Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst um die Klärung einer Beweisfrage handelt (§ 244 IV 1 StPO; dazu OLG Hamburg NJW 1964, 560). Das Ergebnis entscheidet über die Anwendung des Maßstabs "Normalmensch" oder "Kunstkenner".-Bei der Ermittlung, ob ein Werk das Schamgefühl des fiktiven "Kunstkenners" zu verletzen geeignet ist, handelt es sich dagegen um die Entscheidung einer Rechtsfrage, die Subsumtion des zu beurteilenden Werkes unter das Tatbestandsmerkmal "unzüchtig" nämlich.

Die Zahl der Fälle, in denen künstlerische Äußerungen vom Tatbestand des § 184 StGB erfaßt werden, wird - selbst bei strengem Vorgehen nach den genannten Grundsätzen - noch durch mögliche Fehlurteile vergrößert. Sie liegen in der Schwierigkeit begründet, eine scharfe Trennungslinie zwischen Kunst und Pornographie zu ziehen: bessere Pornographie wird oft als Kunst, "schlechte" Kunst - soweit sie Sexuelles zum Inhalt hat - wird oft als Pornographie angesehen.

Es darf auch nicht verkannt werden, daß die Bestimmung gegen unzüchtige Abbildungen und Schriften (und auch § 183 StGB) im Sinne bestimmter Ideologien ausgelegt werden kann - je nach der Stärke der Einflußnahme einseitig weltanschaulich geprägter Gruppen auf Rechtsprechung und Schrifttum. Dabei braucht es sich keineswegs um gezielte Beeinflussung zu handeln; sie wäre im Hinblick auf die Rechtsprechung auch schlecht vorstellbar. Es reicht beispielsweise aus, wenn starke, auch politisch engagierte Gruppen im Bundestag - wie es jüngst geschah - auf eine Änderung von Art. 5 III GG drängen (vgl. Einleitung), um diese Bestrebungen auch in der Rechtsprechung ihren Niederschlag finden zu lassen. Diese Gefahr besteht umso mehr, als im vorliegenden Fall der Kunst allein durch restriktive Interpretation des Tatbestandsmerkmales "unzüchtig" Rechnung getragen wird, ohne daß die Forderung nach Wahrung ihrer Interessen im Tatbestand verankert ist. Aber selbst die Aufnahme eines Kunstvorbehaltes in § 184 StGB bietet keine absolute Sicherheit gegen eine Gesetzesanwendung im Sinne einer bestimmten Weltanschauung. Das beweist das Vorgehen des Oberverwaltungsgerichts Münster: Es hielt - trotz der in § 1 Abs. 2 Ziffer 2 GjS postulierten Ausnahmeregelung für "Werke, die der Kunst dienen" - die Aufnahme eines Romanes in die Liste der jugendgefährdenden Schriften für rechtmäßig, weil es ihm mit Hilfe kunstfremder Maßstäbe den Kunstwert absprach.

Ob aus diesen angedeuteten fortdauernden Gefahren der Schluß zu ziehen ist, auf alle gegen Pornographie gerichteten Vorschriften müsse im Interesse der Kunst verzichtet

werden, erscheint zweifelhaft und mag hier dahinstehen. Rechtspolitische Erörterungen hinsichtlich der Existenzberechtigung speziell von § 184 StGB in der gegenwärtigen und der ihm im Entwurf von 1962 gegebenen Form sind im Rahmen dieser Untersuchung nicht beabsichtigt. Hier sollte lediglich versucht werden, den Interessen der Kunst auf der Grundlage des bestehenden Rechts (und damit auch des kommenden, da sich in § 220 des Entwurfes von 1962 keine grundlegenden Änderungen finden) so weit wie möglich Rechnung zu tragen.

L e b e n s l a u f

Am 12. August 1938 wurde ich, Wolfgang Burrack, deutsch Staatsangehöriger, als Sohn des selbständigen Textilkaufmannes Amandus Burrack und seiner Ehefrau Thea, geborener Bergen, in Uelzen geboren. Nachdem ich die Volksschule in Uelzen durchlaufen und anschließend die Ausbildung auf dem Gymnasium Uetze mit dem Abitur am 3.März 1959 beendet hatte begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Hier studierte ich zunächst zwei Semester und wechselte dann zu Beginn des Sommersemesters 1960 auf die Universität Göttingen über. An dieser Hochschule blieb ich, bis ich am 23,Mai 1964 das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle bestand. Seit dem 20. Juli 1964 bin ich - mit Ausnahme einer sechsmonatigen Unterbrechung, während der die Grundlagen für diese Dissertation gelegt wurden - als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.